Verzug, Unmöglichkeit und positive Vertragsverletzung als Ursachen des Rücktrittsrechts beim Sukzessivlieferungsvertrag.

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät

der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Gerhard Woratz

aus Königsberg i. Pr.

Approbiert am 28. Mai 1936

Gedruckt

im Tageblatt-Haus Coburg

1936

1936/439

Referent: Geh. Justizrat Univ.-Prof. Dr. Dr. B. Kübler.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Gliederung.

Seite:

Einleitung: Die Geschichte des Sukzessivlieferungsvertrages 9

§ 1 Die Rechtsnatur des Sukzessivlieferungsvertrages 11

1. Der Sukzessivlieferungsvertrag, ein Kauf- oder Werklieferungsvertrag 11
2. Die Einheitlichkeit des Vertrages 13
3. Die Rechtsnatur der einzelnen Rate 16
4. Der Sukzessivlieferungsvertrag, ein Vertrag über gattungsmäßig bestimmte Sachen 18
5. Die abgesonderte Bezahlung der Einzelraten 19
6. Sukzessivlieferungsvertrag und Fixgeschäft 19

§ 2 Die Voraussetzungen für das Rücktrittsrecht beim Sukzessivlieferungsvertrag (Verzug, Unmöglichkeit und positive Vertragsverletzung) . . 21

1. Verzug und Unmöglichkeit 21
2. Die positive Vertragsverletzung 25
   a) Der Begriff 25
   b) Der Schadensersatzanspruch bei der positiven Vertragsverletzung 31
   c) Positive Vertragsverletzung und Rücktrittsrecht 35
   d) Das Verhältnis von Unmöglichkeit und Verzug zur positiven Vertragsverletzung 40

§ 3 Der Verzug beim Sukzessivlieferungsvertrag 40

1. Die Wirkungen des Verzuges auf die einzelne Rate 40
2. Die Wirkungen des Verzuges der Einzelrate auf die übrigen Raten 42

§ 4 Die Unmöglichkeit beim Sukzessivlieferungsvertrag 50

1. Die Wirkungen der ursprünglichen objektiven Unmöglichkeit . . 51
2. Die Wirkungen der ursprünglichen subjektiven Unmöglichkeit . . 52
3. Die Wirkungen der nachträglichen zufälligen Unmöglichkeit . . 52
4. Die Wirkungen der vom Schuldner zu vertretenden nachträglichen Unmöglichkeit 54

§ 5 Das Rücktrittsrecht vom Sukzessivlieferungsvertrag bei positiver Vertragsverletzung 55

Schrifttum.

Achilles-Greif: Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. 13. Aufl. Berlin, Leipzig 1930.

v. Alberti: Die Mitteilungspflicht über Unvermögen oder Unmöglichkeit und ihre Verletzung. In Archiv zivilistische Praxis (Arch. ziv. Prax.) Bd. 118, S. 141 ff.

Anton: Geben positive Vertragsverletzungen des Gegners ein Rücktrittsrecht? Diss. Erlangen 1905.

Bendix: Der § 326 in der Rechtsprechung des Reichsgerichts. Seufferts Blätter (Seuff. Bl.) Bd. 77, S. 153 ff., 177 ff., 208 ff.

Biermann: Zur Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung im bürgerlichen Recht. Arch. ziv. Prax. Bd. 91, S. 73 ff.

Binder: Zu Titze und Kisch. In Zeitschrift für Handelsrecht (ZHR) Bd. 52, S. 597 ff.

Bolze: Die Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Brecht: System der Vertragshaftung (Unmöglichkeit der Leistung, positive Vertragsverletzungen und Verzug). Iherings Jahrbücher (Iher. JB.) Bd. 53, S. 213 ff.

Brodmann: Die Handelsgeschäfte. Allgem. Grundsätze in ZHR IV, 2 Leipzig 1918.

Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts (RGRK) 6. u. 8. Aufl. 1928, 1935.

Caesar: Der Ratenlieferungsvertrag in Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 1911, S. 525 ff.

— Die rechtliche Natur des Ratenlieferungsgeschäfts. In Holdheims Monatsschrift (Holdh. Mtsschr.) 1910, S. 31 ff., 184 ff.

Cosack: Lehrbuch des Handelsrechts, 12. Aufl., Stuttgart 1930.

Crome: System des deutschen bürgerl. Rechts, II. Bd., Tübingen u. Leipzig 1802.

Dernburg: Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. Schuldverhältnisse, 3. Aufl., Halle 1906.

— Ueber das Rücktrittsrecht des Käufers wegen positiver Vertragsverletzung. In Deutscher Juristenzeitung (DJZ) 1903, Sp. 1 ff.

Dispeker: Der Bierlieferungsvertrag. München-Berlin-Leipzig 1913.

Dörr: Zur Lehre von den positiven Vertragsverletzungen. In „Recht" 1908, S. 207 ff.

Dreyer: Ueber die Folgen des Verzugs in der Erfüllung einer Rate bei einem einheitlichen in Raten zu erfüllenden Lieferungsgeschäft. Gruchots Beiträge (Gruch.) Bd. 37, S. 199 ff.

Düringer-Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897. I. Bd. Allgem. Einleitung und §§ 1—104. 3. Aufl. Mannheim-Berlin-Leipzig 1930. IV. Bd. Allgem. Einleitung z. 3. Buch und §§ 343—372. 3. Aufl. 1932. V. Bd. 1 Einl.: Der Kauf nach d. Bürgerl. Gesetzbuch und §§ 373 bis 382. 3. Aufl. 1932.

Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. I. Bd. 9. Aufl. Berlin 1902.

Enneccerus-Lehmann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. II. Bd. Recht der Schuldverhältnisse. Marburg 1930.

Engelke: Rücktritt des Gläubigers bei dem Sukzessivlieferungsvertrag. Diss. Greifswald 1913.

Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts (ROHG).

— des Reichsgerichts in Zivilsachen (RG).

Erler: Bedarf es im Falle des § 326 BGB zur Begründung des Wahlrechts zwischen Schadensersatz wegen Nichterfüllung und Rücktritt der Bestimmung einer Frist auch bei vorzeitiger Erfüllungsweigerung des anderen Teils? In „Recht" 1901, S. 421.
Esser: Sukzessivlieferungsvertrag. Diss. Heidelberg 1909.
Fischer, H. A.: Konzentration und Gefahrtragung bei Gattungsschulden. Jher. Jb. Bd. 51, S. 159 ff.
— Ein Beitrag zur Unmöglichkeitslehre. Rostock 1904.
Fischer, O.: Unmöglichkeit als Nichtigkeitsgrund bei Urteilen und bei Rechtsgeschäften. 2. Beitrag. München 1913.
Frankenburger: Erfüllungsverzug bei Handelsgeschäften, die nicht Fixgeschäfte sind, und die Rechtsprechung. In Seuff. Bl. Bd. 74, S. 725 ff., 757 ff., Bd. 75, S. 307, 344.
— Erfüllungsverzug beim Kauf. In Juristische Wochenschrift (JW) 1925, S. 546 ff.
Gekeler: Die rechtlichen Besonderheiten des Sukzessivlieferungsvertrages. Stuttgart 1910.
v. Gierke, O.: Dauernde Schuldverhältnisse, Jher. Jb. Bd. 64, S. 355—411.
Goldmann-Lilienthal: Das Bürgerliche Gesetzbuch. I. Bd. 2. Aufl. Berlin 1903.
Golde: Nachträgliche Unmöglichkeit oder Verzug bei Unterlassungsverbindlichkeiten. Arch. zit. Prax. Bd. 99, S. 306 ff.
Goeppert: Zur Lehre von den pacta de contrahendo. Kritische Vierteljahresschriften für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (Krit. Vierteljahrschr.) Bd. 14, S. 400 ff.
Grupen: Der Schuldnerverzug des Lieferanten bei den Sukzessivlieferungsgeschäften. Diss. Greifswald. 1912.
Hachenburg: Der Verzug bei Sukzessivlieferungen. Leipziger Zeitung (LZ) 1907, S. 9 ff.
Hamburger: Das Recht aus der Haftung und die Unmöglichkeit der Leistung. Berlin 1915.
Hammer: Das Rücktrittsrecht des vertragstreuen Teils bei positiver Vertragsverletzung im Sukzessivlieferungsvertrag. Diss. Göttingen 1932.
Hartmann: Die Obligation. Untersuchungen über ihren Zweck und Bau. Erlangen 1875.
Hesse: Die Verträge auf fortgesetzte Lieferungen nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Limburg 1905.
Hirsch: Schuldnerverzug beim Sukzessivlieferungsvertrag. Diss. Erlangen 1909.
Hohenstein: § 326 BGB und der Abnahmeverzug des Käufers. Gruch. Bd. 48, S. 711 ff.
Hölder: Zur Lehre von der Haftung für Verzug, Unmöglichkeit und Unvermögen. „Recht" 1911, S. 673 ff.
Hoeniger: Lieferung mangelhafter Waren nach eingetretenem Lieferungsverzuge. LZ 1911, S. 579 ff.
Hueck: Der Sukzessivlieferungsvertrag. München-Berlin-Leipzig 1918.
Jackisch: Positive Vertragsverletzung, Vertretungspflicht und Interesseanspruch im Bürgerlichen Recht. Gruch. Bd. 50, S. 230—244.
Jacobi, J.: Zur Lehre vom Sukzessivlieferungsvertrage. Gruch. Bd. 50, S. 230 ff.
Kipp: Das Reichsgericht und die positiven Vertragsverletzungen. DJZ 1903, S. 253 ff.
Kisch: Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen. Jena 1900.
— Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen. In Krit. Viertelj. Zeitschr. Bd. 45.
— Gattungsschuld und Wahlschuld. München-Leipzig 1912.
Kiss: Zur Frage der sogenannten positiven Vertragsverletzungen. Arch. f. bürgerl. Recht Bd. 31, S. 175—194.
Kleineidam: Streitfragen aus der Unmöglichkeitslehre des BGB. Jher. Jb. Bd. 43, S. 105—140.

Koenige: Handausgabe des Handelsgesetzbuchs. 2. Aufl. Mannheim-Berlin-Leipzig 1928.
Kohler: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, I, 1. Berlin 1906.
Kornfeld: Leistungsunmöglichkeit. Wien 1913.
Kress: Lehrbuch des allgemeinen Schuldrechts. München 1929.
Kretzschmar: Die typischen Lieferungsverträge der Maschinenindustrie. Berlin TH 1921.
Krückmann: clausula rebus sic stantibus. Kriegsklausel, Streikklausel. Arch. ziv. Prax. Bd. 116, S. 157 ff.
— Unmöglichkeit und Unmöglichkeitsprozeß. Zugleich eine Kritik der Entwürfe Rußlands, Ungarns und der Schweiz. Arch. ziv. Prax. Bd. 101, S. 1 ff.
— Nachlese zur Unmöglichkeitslehre. Jhr. JB. Bd. 59, S. 20—148, S. 233—368.
— Zur Lehre von den positiv. Vertragsverletzungen. DJZ 1905, Sp. 205 ff.
Kurnik: Die Sukzessivlieferung. Diss. Greifswald 1910.
Lehmann, H.: Die positiven Vertragsverletzungen. Arch. ziv. Prax. Bd. 96, S. 60 ff.
Lehmann-Ring: Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich, II. Band, Berlin 1901.
Leonhard: Allgem. Schuldrecht des BGB. München-Leipzig 1929.
Lesser: Das Rücktrittsrecht bei positiven Vertragsverletzungen. Breslau 1906.
Leetz: Zur Frage der clausula rebus sic stantibus bei Sukzessivlieferungsverträgen. Breslau 1919.
Lindemann-Soergel: Bürgerliches Gesetzbuch, 4. Aufl., 1929.
Loewenwarter: Lehrkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, II. Bd. Allg. Teil. Berlin 1928.
Löwenberg: Ueber den Lieferungsvertrag. 1846.
Makower: Handelsgesetzbuch mit Kommentar. I, 2. Buch III, 12. Aufl., Berlin 1904.
Mommsen: Beiträge zum Obligationenrecht, 1. Abtl. 1853, 3. Abtl. 1855.
Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. II. Bd. Berlin-Leipzig 1888.
Müller: Begründet ein Verschulden des Verkäufers bei Verkauf oder bei der Lieferung einer mangelhaften Sache die Verpflichtung zum Schadensersatz nach Vertragsrecht? „Recht" 1902, Nr. 22, S. 540 ff.
— Der Sukzessivlieferungsvertrag. Gruch. Bd. 50, S. 508 ff.
Müller-Erzbach: Deutsches Handelsrecht. 2. Aufl. Tübingen 1927.
— Ueber den Rücktritt bei „sukzessiven Lieferungsgeschäften" und ähnlichen Verträgen. DJZ 1904, Sp. 1158 ff.
Never: Der Sukzessivlieferungsvertrag. Diss. Rostock 1926.
Neufeld-Schwarz: Handelsgesetzbuch ohne Seerecht. I. u. II. Bd. Handelsgeschäfte. Berlin 1931.
Neugebauer: Inwiefern kann durch Streik oder Aussperrung dem Unternehmer die Erfüllung eines Lieferungsvertrages unmöglich werden? Diss. Jena 1917.
Oberlandgerichte: Rechtsprechung auf dem Gebiete des Zivilrechts, herausgegeben von Mugdan und Falkmann (OLG).
— Entscheidungen in Warneyers Jahrbüchern (Warn.).
Oertmann: Die Geschäftsgrundlage. Leipzig 1921.
— Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen. 2. Buch, 1. Abtl., 5. Aufl. Berlin 1928.
— Leistungsunmöglichkeit und Annahmeverzug. LZ 1927, Sp. 1177 ff.
Paech: Der Leistungsverzug, eine Studie zum BGB. Berlin 1902.
Planck: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. II. Bd. 1. Hälfte, 4. Aufl. Berlin 1914.
Pietzer: Ueber den § 326 BGB. Deutsche Richterzeitung 1926, S. 285 ff.
Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches 1898.
Remelé: Bemerkungen zur Frage der positiven Vertragsverletzungen. „Recht" 1912, S. 569 ff.

Rheindorff: Die Lieferungsverträge unter dem Einfluß des Krieges. Diss. Heidelberg 1918.
Riezler: Der Werkvertrag nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Jena 1900.
Rogowski: Auf welcher gesetzlichen Grundlage beruht der Schadensersatzanspruch des Gläubigers im Falle der Zuwiderhandlung des Schuldners bei Unterlassungsobligationen und weshalb trifft den Gläubiger die Beweislast für die Zuwiderhandlung. Arch. ziv. Prax. Bd. 104, S. 303 ff.
Schneider: Treu und Glauben im Rechte der Schuldverhältnisse des Bürgerlichen Gesetzbuchs. München 1902.
Schollmeyer: Recht der Schuldverhältnisse. 1. Hälfte. München 1900.
Schöller: Die Folgen schuldhafter Nichterfüllung, insbesondere der Schadensersatz wegen Nichterfüllung, bei Kauf, Werkvertrag, Miete- und Dienstvertrag nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Gruch. Bd. 46, S. 1 ff.
Schroeder: Unmöglichkeit und Ungewißheit. Rostock 1905.
Siber: Grundriß des deutschen bürgerlichen Rechts. Schuldrecht, Leipzig 1931.
— Der Rechtszwang im Schuldverhältnis nach deutschem Reichsrecht. Tübingen 1907.
— Zur Theorie von Schuld und Haftung nach Reichsrecht. Iher. Jb. Bd. 50, S. 55 bis 276.
Soergel: Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einf. Ges. 4. Aufl. Berlin-Stuttgart-Leipzig 1929.
Stammler: Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren. Berlin 1897.
Steiner: Die positiven Vertragsverletzungen des Forderungsrechts. Diss. Würzburg 1920.
Staub: Kommentar zum Handelsgesetzbuch. I. Bd. §§ 1—177. 14. Aufl. Berlin und Leipzig. 1932.
III. Bd. 14. Aufl. Berlin-Leipzig 1933.
— Die positiven Vertragsverletzungen. Berlin 1904.
Staub-Müller: Die positiven Vertragsverletzungen. 2. Aufl. 1913.
Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. II, 1, 2. 1930.
Strohal: Schuldpflicht und Haftung. München und Leipzig 1914.
Stübing: Vertragsverletzung bei der Erfüllung des Sukzessivlieferungsvertrags nach deutschem und ausländischem Recht. Diss. Göttingen 1931.
Thies: Die positive Vertragsverletzung im Sukzessivlieferungsvertrag. Diss. Göttingen 1926.
Titze: Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichen Recht. Leipzig 1900.
— Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichen Recht in Krit. Viertelj. Schr. Bd. 44, S. 549 ff.
Ubbelohde: Die Befreiung des Schuldners bei Vereitelung der Leistung nach dem Entwurfe des Bürgerlichen Gesetzbuchs in 2. Lesung §§ 232 und 235. Arch. ziv. Prax. Bd. 85, S. 118 ff.
Vetsch: Der Sukzessivlieferungsvertrag. Zürich, Langensalza 1924.
Warneyer: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. I. Bd. Tübingen 1923.
Weltersbach: Rücktritt vom Sukzessivlieferungsvertrag bei mangelhafter Leistung des Verkäufers. Ist insbesondere ein Verschulden des Verkäufers notwendige Voraussetzung des Rücktrittsrechts? Diss. Erlangen 1935.
Went: Unterlassungen und Versäumnisse im bürgerlichen Recht. Arch. ziv. Prax. Bd. 92, S. 1 ff.
Winter: Ueber das Recht zur Wandlung oder zum Rücktritt bei Sukzessivlieferungsverträgen. Gruch. Bd. 48, S. 193 ff.
Wolff, M.: Die Gegenstände des Handelsrechts, in Ehrenb. Handb. Bd. IV, 1. Leipzig 1917.
Zander: Der Kauf „auf Abruf". Gruch. Bd. 52, S. 307—354.
— Zur Lehre von den Sukzessiv- und Dauerverträgen. Diss. Würzburg 1909.
Zitelmann: Lücken im Recht. Leipzig 1903.
— Nichterfüllung und Schlechterfüllung, Beiträge zum Schuldrecht. Festg. der Bonner Jur. Fakultät für Paul Krüger. 1911, S. 265 ff.

Einleitung.

Die Geschichte des Sukzessivlieferungsvertrages.

Bereits den Römern muß der Sukzessivlieferungsvertrag bekannt gewesen sein. So beschreibt Titus Livius in seiner römischen Geschichte einen Heereslieferungsvertrag, der ein Sukzessivlieferungsvertrag gewesen sein muß: „Cohortandos, qui redempturis auxissent patrimonia, ut rei publicae tempus commodarent conducerentque ea lege praebenda, quae ad exercitum Hispaniensem opus essent, ut cum pecunia in aerario esset, iis primis solveretur. Haec praetor in contione edixit, quoque die vestimenta ac frumentum Hispaniensi exercitui praebenda quaeque alia opus essent navalibus sociis esset locaturus. Ubi ea dies venit, ad conducendum tres societates aderant hominum undeviginti, quorum duo postulata fuere: unum ut militia vacarent, dum in eo publico essent, alterum ut, quae in naves imposuissent, ab hostium tempestatisque vi publico periculo essent. Utroque impetrato conduxerunt . . . quemadmodum conducta . . . sic summa fide praebita“ [1]).

Von anderen römischen Schriftstellern wird allerdings diese Vertragsform nirgends erwähnt. Dennoch muß sie schon damals bekannt gewesen sein. Bei dem hervorragend ausgebildeten Wirtschafts-, Verkehrs- und Militärwesen ist es nur zu wahrscheinlich, daß der römische Kaufmann sich der Vertragsform des Sukzessivlieferungsvertrages bedient hat [2]). Der Kaufmann in Rom wird vermutlich nicht stets neue Kaufverträge mit seinen Getreidelieferanten aus Kleinasien abgeschlossen haben. Es wird vielmehr eine dauernde Geschäftsverbindung zwischen beiden bestanden haben, nach der der Lieferant zu bestimmten Zeitpunkten die Getreidelieferungen zu bewirken hatte. Auf andere Weise hätten sich die großen Getreidebelieferungen der römischen Truppen nicht durchführen lassen. Ferner darf nicht vergessen werden, daß sich das römische Recht stets den Verkehrsbedürfnissen anpaßte [3]). Es spricht daher die Vermutung dafür, daß der Sukzessivlieferungsvertrag den römischen Juristen genau so geläufig wie der Kaufvertrag gewesen ist. Wenn man hiergegen einwenden sollte, daß dann dieser Vertragstyp in den Schriften

---

[1]) Ab urbe condita liber XXIII, Kap. 48, 49; vgl. auch Löwenberg: Ueber den Lieferungsvertrag 1846, S. 78.

[2]) Caesar in Zeitschrift für die ges. Staatswissenschaft 1911 S. 540; Hammer, S. 1; Müller in Gruch. Bd. 50, S. 508.

[3]) Caesar, S. 541.

der römischen Juristen hätte Erwähnung finden müssen, so ist hierzu folgendes zu sagen: Es konnte im römischen Recht bei der Behandlung des Sukzessivlieferungsvertrages zu keinen Streitfragen kommen, weil die rechtliche Gebundenheit der Parteien an diesen Vertrag durch das formelle Recht der Stipulation begründet wurde. Es lag damit für die römischen Juristen gar keine Veranlassung vor, sich mit dem Wesen und mit den sich aus diesem Wesen ergebenden Folgen des Sukzessivlieferungsvertrages zu beschäftigen [4]).

In Deutschland ist dagegen der Sukzessivlieferungsvertrag bis zur Rezeption fast unbekannt gewesen. Der Grund hierfür ist der damals geringe Handelsverkehr, das auf niederer Stufe stehende Wirtschaftsleben. Der deutsche Mensch hatte einen zu geraden und einfachen Rechtssinn. Er hatte seine altbewährten Handelsbräuche und lehnte daher den spekulativ gefärbten Sukzessivlieferungsvertrag ab. Zur Zeit der Hanse, durch die sich der Handelsverkehr bedeutend entwickelte, finden wir die Anfänge der Entwicklung des Sukzessivlieferungsvertrages. So ist uns aus dem Jahre 1340 ein Vertrag bekannt, nach dem König Eduard von England Wolle für Brügge und Ypern zu liefern hatte, die er in England erst noch aufbringen und zum Hafen schaffen mußte [5]). Jene Sukzessivlieferungsverträge waren durchweg Verträge über erst herzustellende Waren [6]). Diese Verträge entsprachen jedoch nicht den Sitten weiter Handelskreise und wurden von diesen abgelehnt [7]). Der Hansetag zu Lübeck verbot daher durch Beschlüsse vom Jahre 1434 und 1437 diese Vertragsformen [8]). Für wie gering die Bedeutung des Sukzessivlieferungsvertrages selbst noch in neuerer Zeit angesehen wurde, geht daraus hervor, daß der Gesetzgeber es nicht für nötig hielt, den Sukzessivlieferungsvertrag gesetzlich zu regeln, weder im alten Handelsgesetzbuch noch im Bürgerlichen Gesetzbuch. Dabei darf nicht vergessen werden, daß bereits zur Zeit des alten Handelsgesetzbuches die Rechtsnatur des Sukzessivlieferungsvertrages und die sich aus ihr ergebenden Folgen in Wissenschaft und Rechtsprechung lebhaft umstritten waren [9]).

Seine Entstehung verdankt der Sukzessivlieferungsvertrag der gewaltigen Entwicklung des 20. Jahrhunderts, weil er dem praktischen Bedürfnis des Groß- und Kleinhandels entspringt. Er sichert Stetigkeit und Sicherheit des Geschäftsbetriebes. Erst durch ihn können Käufer wie Verkäufer für die Zukunft disponieren, ihr Bedürfnis sicherstellen. Oft ist die Lagerung von großen Warenmengen für

---

[4]) Müller, S. 508.

[5]) Caesar, S. 541.

[6]) Caesar, S. 542; Konze: Kauf nach hanseatischen Quellen, 1889, S. 55 ff.; Thies S. 11.

[7]) Caesar, S. 542; Konze, S. 55 ff.

[8]) Caesar, S. 543.

[9]) Caesar in Holdheims Mtschr. 1910, S. 31: Das erste Urteil eines deutschen Gerichts über das Wesen und die Folgen des Sukzessivlieferungsvertrages ist das Erkenntnis vom 18. Oktober 1845. Dieses fand wenig Beachtung. Erst unter dem Reichsgericht wurde über das Wesen dieses Vertrages häufiger gestritten.

den Abnehmer unmöglich, weil er nicht genügend große Speicher besitzt, fast immer aber ist eine derartige Lagerung für ihn mit großen Kosten verbunden. Auf der Seite des Lieferanten bringt der Sukzessivlieferungsvertrag den Vorteil, daß er sich dauernde Absatzgebiete für seine Erzeugnisse schafft und kein großes Warenlager anzulegen braucht. Es hat sich in der Praxis gezeigt, daß oft erst durch den Abschluß von Sukzessivlieferungsverträgen die Betriebsfähigkeit eines Unternehmens sichergestellt wird [10]).

Heute ist der Sukzessivlieferungsvertrag im Wirtschaftsleben derart verbreitet, daß man von einem bestehenden „Vertragstyp" sprechen kann. Weil der Sukzessivlieferungsvertrag keine gesetzliche Regelung gefunden hat, muß es Wissenschaft und Rechtsprechung überlassen bleiben, das Wesen und die sich aus diesem Wesen ergebenden Rechtsfolgen zu erkennen.

§ 1. Die Rechtsnatur des Sukzessivlieferungsvertrages.

Der Sukzessivlieferungsvertrag ist ein Kauf- oder Werklieferungsvertrag von rechtlich einheitlicher Natur über der Gattung nach bestimmte Sachen, bei dem die Lieferung der Ware in zeitlich getrennten Raten zu erfolgen hat [11]).

1. *Der Sukzessivlieferungsvertrag, ein Kauf- oder Werklieferungsvertrag.*

Die Begriffe des Kauf- und des Werklieferungsvertrages sind hier nicht zu erörtern, sondern es ist nur über die Zugehörigkeit des Sukzessivlieferungsvertrages zu diesen Verträgen zu entscheiden. Das Reichsgericht hat ausgesprochen, daß das Vorliegen eines Sukzessivlieferungsvertrages stets dann zu verneinen sei, wenn es sich nicht um einen „festen" Kaufvertrag über eine „bestimmte" Ware handele [12]). Andernfalls liege nur ein „pactum de vendendo" vor.

Diese Ansicht muß als zu eng angesehen werden. Das Wort „liefern" ist im juristisch-technischen Sinne — Lieferung = Eigentumsverschaffung und Uebergabe — zu verstehen. Ein Sukzessivlieferungsvertrag kann danach auch derjenige Vertrag sein, durch den sich jemand gegen das Versprechen einer Vergütung zur Eigentumsverschaffung und Uebergabe einer vertretbaren Sache verpflichtet, die er zu diesem Zwecke aus einem von ihm zu liefernden Stoff herzustellen hat

---

[10]) Vgl. hierzu Gekeler, S. 7.

[11]) Vetsch, S. 5; Gekeler, S. 8; Hueck, S. 20; Jacobi, Gruch. Bd. 50, S. 232; Düringer-Hachenburg, Bd. IV, Allg. Einl. S. 332.

[12]) RG 78/387; ebenso in LZ 1911, S. 379; vgl. auch Thies, S. 13, der in diesem Fall von einem Lieferungsvertrag im engeren Sinn spricht.

(Werklieferungsvertrag, § 651, S. 1 BGB)[13]). Dem Reichsgericht ist auch insoweit entgegenzutreten, als es nur den Lieferungsvertrag als Sukzessivlieferungsvertrag ansieht, bei dem es sich um den Kauf einer „bestimmten" Ware handelt[14]). Mit Recht erwähnt Oertmann[15]), daß sich in der Regel Zeit und Höhe der Einzellieferungen erst aus späteren objektiven Momenten, insbesondere dem Bedarf des Bestellers ergeben. Es genüge daher statt der Bestimmtheit die „Bestimmbarkeit". Ein Sukzessivlieferungsvertrag ist somit auch der „Kauf nach Bedarf"[16]).

Gleichfalls handelt es sich um einen Sukzessivlieferungsvertrag, wenn ein Industrieunternehmen von einer Firma 200 000 Stück Baumwollband „auf Abruf" bestellt, und zwar derart, daß die Lieferungen am 1. Januar 1936 zu beginnen haben, eine bestimmte Abnahmezeit und Abnahmemenge aber nicht festgesetzt ist. Auch in diesem Fall ist dem Erfordernis der Bestimmbarkeit genügt[17]). Die einzelne „Rate" läßt sich nämlich aus dem bisherigen Verbrauch des Industrieunternehmens an Baumwollband bestimmen, während durch den Abruf die „Zeit" bestimmt wird. Bei dem sogenannten Bierlieferungsvertrag wird wiederum die monatliche Rate durch den objektiv feststellbaren Bedarf des Wirtes genügend bestimmbar sein.[18]). Es ist daher in jedem Einzelfall besonders zu prüfen, ob eine Ware und damit die einzelne Rate noch bestimmbar ist. Ist die Warenmenge völlig unbestimmbar, so haben wir es mit einem Vorvertrag zu tun[19]). Die rechtliche Möglichkeit eines Sukzessivlieferungs„tausches" ist auch denkbar, jedoch kann man nur Müller[20]) beipflichten, der behauptet, daß es sich hierbei lediglich um eine theoretische Spielerei handele[21]).

Zu Sukzessivlieferungsverträgen im weitesten Sinne gehören daher alle Verträge, die auf die Leistung einer Sache gegen Entgelt gerichtet sind, und bei denen Abschluß der Verträge und Uebergabe der Sachen zu verschiedenen Zeitpunkten erfolgen[22]). Das eigentliche Lebenselement des Sukzessivlieferungsvertrages bleibt aber der Kaufvertrag. Grundsätzlich ist daher daran festzuhalten, daß von einem Sukzessivlieferungsvertrag nur dann gesprochen werden kann, wenn ein wirklicher Kaufvertrag — ihm gleichgestellt der Werklieferungs-

---

[13]) Gekeler, S. 8; Hueck, S. 20; Düringer-Hachenburg, Bd. IV, S. 332.
[14]) Hueck, S. 8.
[15]) Oertmann, Vorbem. zu § 433 Anm. 2 b.
[16]) RGRK § 433 Anm. 5 d.
[17]) Oertmann, Vorbem. zu § 433 Anm. 2 b; Caesar, S. 49.
[18]) RGRK § 433 Anm. 5 d.
[19]) RGRK § 433, Anm. 5. Zu diesen Verträgen wird später eingehend Stellung genommen werden.
[20]) Müller, Gruch. Bd. 50, S. 511.
[21]) Never hat nachgewiesen, daß man auch den Werkvertrag in die Form des Sukzessivlieferungsvertrages kleiden kann; vgl. Never, Der Sukzessivlieferungswerkvertrag, Rostock 1926.
[22]) Vetsch, S. 5.

vertrag — vorliegt[23]). Ein typisches Beispiel für einen Sukzessivlieferungsvertrag ist folgender Vertrag: Der Müller M hat mit dem Bäcker B einen Lieferungsvertrag auf je 50 Sack Mehl für den 1. jeden Monats auf ein ganzes Jahr, beginnend mit dem 1. Januar, zu einem bestimmten Preise abgeschlossen.

2. *Die Einheitlichkeit des Vertrages.*

Zweites Erfordernis für das Vorliegen eines Sukzessivlieferungsvertrages ist, daß er hinsichtlich seines „Abschlusses" einheitlicher Natur ist. Die Einheitlichkeit des Vertrages ist ein wesentliches Merkmal für den Sukzessivlieferungsvertrag. Der zwischen den Parteien abgeschlossene Vertrag muß ein einziger Vertrag sein, der nach und nach zu erfüllen ist. Es muß eine Einheit nach Vereinbarung und Zweck vorhanden sein[24]). Da der Sukzessivlieferungsvertrag die Besonderheit hat, daß die Erfüllung des einheitlichen Vertrages zu verschiedenen zeitlich aufeinanderfolgenden Zeitpunkten erfolgt, so ist demnach stets Voraussetzung, daß diese Lieferungen auf Grund „eines" Vertrages erfolgen. Stets ist zu beachten, daß man sich nicht durch einen bloßen formellen Zusammenhang einzelner Verträge zu der Annahme eines Sukzessivlieferungsvertrages verleiten lassen darf. Denn neben der äußeren formellen Einheit muß ein innerer materieller Zusammenhang bestehen. Gerade die „Zusammengehörigkeit der Einzelsachen nach Art und Zweck" ist ausschlaggebend[25]). Wenn daher ein Kaufmann sich verpflichtet, am 1. Januar 10 Zentner Linsen, am 1. Februar 10 Zentner Erbsen und am 1. März 10 Zentner Bohnen zu liefern, so ist dieser Vertrag kein Sukzessivlieferungsvertrag, da es hier an dem inneren Zusammenhang der einzelnen Leistungen fehlt[26]).

Von den Sukzessivlieferungsverträgen sind auch jene Verträge zu unterscheiden, bei denen es sich zwar auch um ein einheitliches Geschäft handelt, aber vereinbart ist, daß jede Teillieferung als selbständige Lieferung zu gelten habe[27]).

Ferner ist das Vorliegen eines Sukzessivlieferungsvertrages zu verneinen, wenn im Laufe einer fortdauernden Geschäftsverbindung und zur Befriedigung desselben wirtschaftlichen Bedürfnisses verschiedene selbständige Kaufverträge abgeschlossen werden. Selbst wenn es sich stets um die gleiche Warengattung und um den gleichen Kaufpreis handelt, bleiben diese Verträge selbständige Verträge, bei denen für jeden einzelnen Vertrag die §§ 320 ff. BGB Anwendung finden[28]).

---

[23]) Gekeler, S. 8; Hueck, S. 8; Müller, Gruch. Bd. 50, S. 511; Vetsch, S. 5; Düringer-Hachenburg Bd. IV, S. 332.

[24]) Thies, S. 13.

[25]) Winter, Gruch. Bd. 48, S. 199.

[26]) So auch Weltersbach, S. 12; Hammer, S. 4; Stübing, S. 5; Thies, S. 13; Staub, Komm. § 374, Anm. 145.

[27]) Staub, Komm. Anh. zu § 374 Anm. 145.

[28]) Neufeld-Schwarz, S. 197.

Auch das sogenannte Wiederkehrschuldverhältnis ist kein Sukzessivlieferungsvertrag. Unter einem solchen versteht man ein Abkommen zwischen zwei Parteien, wonach der eine zur jederzeitigen Lieferung verpflichtet ist, der andere aber berechtigt sein soll, die Lieferung oder die Fortsetzung der Lieferung jederzeit oder durch Kündigung abzulehnen. Lehnt der Käufer die weiteren Lieferungen nicht ab und macht er auch von seinem Kündigungsrecht keinen Gebrauch, so erneuert sich das Schuldverhältnis fort und fort. Das Wiederkehrschuldverhältnis ist demnach ein Schuldverhältnis, das auf Grund einer Wiederholung des Vertragsschlusses — sei es auch eines stillschweigenden — fort und fort für weitere Zeitabschnitte oder für weitere Bezugsmengen neu entsteht. Dieses Schuldverhältnis ist damit im Gegensatz zum Sukzessivlieferungsvertrag nicht ein für allemal begründet[29]). Es fehlt ihm die dem Sukzessivlieferungsvertrag eigentümliche dauernde wechselseitige Bindung. Auch der einheitliche Verpflichtungsgrund, der beim Sukzessivlieferungsvertrag die einzelnen Vertragsleistungen zu einer inneren Einheit verbindet, ist nicht vorhanden.

Paech[30]) leugnet, daß ein Vertrag, der sich auf eine Anzahl von zeitlich getrennten Leistungen erstreckt, die innerhalb eines längeren Zeitabschnittes zu erbringen sind, einheitlicher Natur sei. Er hält daher den Sukzessivlieferungsvertrag für einen Vorvertrag. Diese Ansicht ist auch einmal vom Reichsoberhandelsgericht[31]) vertreten worden. In dieser Entscheidung heißt es: „Alle . . . sukzessiven Lieferungen sind zwar in ein und demselben Vertrag versprochen worden, der Vertrag läßt sich aber füglich in eine Reihe einzelner . . . Verträge zerlegen, welche zu verschiedenen Zeiten erfüllt werden sollen, und nur äußerlich durch denselben Vertragsakt . . . verbunden sind."

Auch Goeppert[32]) kommt zu demselben Ergebnis, weil er der Ansicht ist, daß der Käufer für den Abschluß eines Sukzessivlieferungsvertrages nichts anderes bezwecke, als das Versprechen des Lieferanten, zu bestimmten Zeitpunkten bereit zu sein, einzelne Verträge für die Zukunft abzuschließen.

Paech wie Goeppert sehen insoweit in dem Sukzessivlieferungsvertrag nur einen Vorvertrag.

Auch v. Gierke[33]) stempelt durch seine Lehre von den „dauernden Schuldverhältnissen" den Sukzessivlieferungsvertrag zu einem Vorvertrag. Nach seiner Ansicht sind nur solche Verträge Sukzessivlieferungsverträge, in denen sich jemand zur Lieferung von Waren in Raten verpflichtet, in denen der Umfang der zu liefernden Ware unbestimmt sei. Nach v. Gierke gibt es nämlich „vorübergehende"

[29]) RG 148/330.
[30]) Paech, Der Leistungsverzug, S. 151 Anm. 5.
[31]) ROHG Bd. 9, S. 121.
[32]) Goeppert, Krit. Viertelj. Zeitschr. 1872, S. 402.
[33]) v. Gierke, in Iher. Jb. Bd. 64, S. 355 ff., insbes. S. 361, 362.

Schuldverhältnisse, bei denen die Leistung zu bestimmten Zeitpunkten bewirkt wird. Das Schuldverhältnis findet hier durch die Erfüllung sein Ende. Das Dauerschuldverhältnis erstreckt sich dagegen nach v. Gierkes Ansicht stets auf einen Zeitraum. Die Lebenskraft dieses Schuldverhältnisses sei unerschöpflich, so daß es erst durch den Ablauf der festgesetzten Zeit sein Ende finde. Die einzelnen Teillieferungen seien nur vorübergehende Schuldverhältnisse, „stoßweise Einzelverpflichtungen", die durch Erfüllung untergehen [34]). Die Stammverpflichtung bleibe dagegen bestehen. Verpflichtet sich eine Firma einem Industrieunternehmen gegenüber, 200 000 Stück Baumwollband auf Abruf ohne Festsetzung einer bestimmten Abnahmezeit zu liefern, so ist nach v. Gierke dieses Schuldverhältnis nur ein „vorübergehendes" — also kein Sukzessivlieferungsvertrag — weil eine bestimmte Gesamtleistung feststehe, diese sich aber durch die einzelnen Lieferungen entsprechend vermindere.

Der Sukzessivlieferungsvertrag ist kein Dauerschuldverhältnis [35]). Es kann zwar nicht geleugnet werden, daß der Sukzessivlieferungsvertrag eine gewisse Aehnlichkeit mit den Dauerschuldverhältnissen hat, weil sich auch bei ihnen der Schuldner zu fortgesetzten Leistungen verpflichtet [36]). Es darf aber nicht übersehen werden, daß die Dauerverträge sich auf einen bestimmten Zeitraum erstrecken, während für den Sukzessivlieferungsvertrag die Erfüllung zu bestimmten Zeitpunkten das Typische ist [37]).

Mit der herrschenden Ansicht von Schrifttum und Rechtsprechung ist daran festzuhalten, daß es sich beim Sukzessivlieferungsvertrag um einen Vertrag einheitlicher Natur handelt [38]). Auch nach der Ansicht des Reichsgerichts [39]) ist der Sukzessivlieferungsvertrag ein kraft wechselseitig bindenden Willens der Parteien gebildetes einheitliches Ganzes. Diese Ansicht entspricht auch allein der Verkehrsauffassung und dem Verkehrsbedürfnis. Die Absicht der Parteien geht nämlich stets dahin, ein einheitliches Rechtsverhältnis zu schaffen, das alle Raten umfassen soll, die in einem zeitlichen Zusammenhang stehen [40]). Wäre der Sukzessivlieferungsvertrag lediglich ein Vorvertrag über den Abschluß künftiger Kaufverträge bzw. Werklieferungsverträge, so würde sich daraus die notwendige Folgerung ergeben, daß der Käufer bei der Weigerung des Verkäufers, eine Rate zu liefern, zunächst auf Eingehung des entsprechenden Kaufvertrages klagen müßte, anstatt sofort auf Lieferung der Rate klagen zu können [41]).

---

[34]) v. Gierke, S. 362.
[35]) So Gekeler, S. 10.
[36]) z. B. bei der Miete.
[37]) So auch Thies, S. 17.
[38]) Düringer-Hachenburg Bd. IV, S. 333; Gekeler, S. 9; Hirsch, S. 7; Hueck, S. 22; Müller, Gruch. Bd. 50, S. 510; Oertmann, Vorbem. zu § 433 Anm. a, 2 b; RGRK § 433 a 5 d; Jacobi, Gruch. Bd. 50, S. 223.
[39]) RG 58/421; 148/330.
[40]) Düringer-Hachenburg, Bd. IV, S. 332.
[41]) Gekeler, S. 9.

Aus der Einheitlichkeit des Sukzessivlieferungsvertrages folgt weiter, daß alles, was den Abschluß des Sukzessivlieferungsvertrages betrifft, diesen stets als Ganzes ergreift. Hier können Streitfragen nicht auftauchen.

3. *Die Rechtsnatur der einzelnen Rate.*

Im Gegensatz zum Abschluß des Sukzessivlieferungsvertrages ist seine Erfüllung in Teile zerlegt. Die Erfüllung hat „sukzessive", d. h. in einzelnen Raten oder Teillieferungen zu erfolgen. Ueber die rechtliche Beschaffenheit der einzelnen Rate herrscht in der Literatur lebhafter Streit.

Paesch[42]) und Goeppert[43]) sehen in den Raten keine Teilleistungen, sondern einzelne selbständige Verträge. Zu dieser Ansicht kommen sie, weil nach ihrer Meinung der Sukzessivlieferungsvertrag ein Vorvertrag ist. Da das nicht der Fall ist, ist ihre Meinung über die Natur der einzelnen Rate abzulehnen.

Auch die Ansicht v. Gierkes, wonach die Rate verselbständigter Erfüllungsakt im Rahmen eines Dauerschuldverhältnisses sei, ist wegen seiner von der herrschenden Lehre abweichenden Ansicht von dem Wesen des Sukzessivlieferungsvertrages nicht weiter zu erörtern.

Hueck[44]) faßt die Einzelrate als eine Teilleistung des einheitlichen Vertrages auf. Hueck sieht zwar, daß § 266 BGB seiner Ansicht entgegensteht. Er begründet sie aber damit, daß er darauf hinweist, daß § 266 BGB dispositives Recht sei. Daher stehe die Vereinbarung, in Raten zu erfüllen, nicht in Widerspruch zu § 266 BGB. Nach Hueck haben es die Parteien jederzeit in der Hand, durch Parteiabrede zu bestimmen, daß in Teilleistungen zu leisten sei. Eine solche Vereinbarung will er sogar aus dem Inhalt des Schuldverhältnisses als stillschweigenden Willen der Parteien entnehmen.

Auch Weltersbach[45]) sieht in den Einzelraten Teilleistungen. Nach seiner Ansicht gestattet es der Grundsatz der Vertragsfreiheit auch im Gegensatz zu § 266 BGB, Teilleistungen zur Pflicht zu machen. Die insgesamt geschuldete Leistung zerlegt er in mehrere Teile mit der Vereinbarung, „daß zwischen der Lieferung der einzelnen Teile eine zeitliche Trennung bestehen soll".

Thies[46]) und Stübing[47]) können sich weder für Teilleistung noch für Selbständigkeit der einzelnen Rate entschließen.

Thies führt aus, daß § 266 BGB eine Vorschrift nur zugunsten des Gläubigers sei, die diesem ermöglichen soll, schon bei Teilverzug oder

---

[42]) Paech, S. 151.
[43]) Goeppert, S. 402.
[44]) Hueck, S. 6.
[45]) Weltersbach, S. 13.
[46]) Thies, S. 10.
[47]) Stübing, S. 4.

teilweiser Unmöglichkeit Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit zu verlangen. Andererseits sieht Thies, daß der Schuldner, wenn er die Einzelrate bewirkt, alles getan habe, wozu er verpflichtet sei. Eine endgültige Stellunagnahme zur Teilleistung oder Selbständigkeit der Einzelrate trifft er nicht.

Auch Stübing kann sich weder für das eine noch für das andere entscheiden. Er drückt das in folgender Weise aus: „Die Vorschriften über Teilleistungen sind danach nicht ohne weiteres anwendbar, sie sind aber auch nicht ohne weiteres abzulehnen."

M. E. liegt in den Teillieferungen begrifflich keine Teilleistung, d. h. eine Leistung im Sinne des § 266 BGB vor, sondern es handelt sich um Leistungen, denen Selbständigkeit innewohnt, die für sich eine besondere rechtliche Behandlung genießen und als selbständige Erfüllungsakte anzusehen sind. Denn § 266 BGB lautet: „Der Schuldner ist zu Teilleistungen nicht berechtigt." Beim Sukzessivlieferungsvertrag ist er aber nicht nur dazu berechtigt, sondern sogar verpflichtet. Vor allem kann man von Teilleistungen nur im Hinblick auf ein Ganzes sprechen, da eine Teilleistung grundsätzlich eine unvollständige Leistung ist[47a]). Beim Sukzessivlieferungsvertrag hat aber jede einzelne der Raten einem selbständigen augenblicklichen Bedürfnis des Gläubigers zu dienen. Müller[48]) behauptet daher, daß man es hier bei der Leistung der einzelnen Raten nicht mit Teilleistungen im Sinne des § 266 BGB zu tun habe, da jede Ratenlieferung den Vertrag oder genauer gesagt, den ihr entsprechenden Teil des Vertrages erfülle, mithin selbst Erfüllungsakt sei[49]). Auch nach Müllers Ansicht bleibt demnach die einzelne Rate immer nur ein Glied des einheitlichen Vertrages[50]), jedoch hat sie gegenüber den anderen Raten d a u e r n d eine weitgehende rechtliche Selbständigkeit[51]). Düringer-Hachenburg[52]) drücken das in der Weise aus, „daß die rechtlichen Schicksale jeder einzelnen Teillieferung durchaus selbständig sind".

Für die Richtigkeit dieser Ansicht spricht weiter, daß bei Fälligkeit einer Rate der Schuldner nur zur Leistung dieser Rate verpflichtet ist, diese Rate somit keine unvollständige Leistung, sondern eine Voll-Leistung bildet. Es wird somit durch die rechtzeitige vertragsmäßige Leistung einer Rate jeweils der Vertrag für den betreffenden Zeitpunkt erfüllt. Als „Erfüllungsakte" besitzen sie aber Selbständigkeit[53]). Stets ist aber daran festzuhalten, daß die einzelnen Raten Bestandteile des e i n h e i t l i c h e n Vertrages bleiben. Es erscheint daher trotz der Selbständigkeit der einzelnen Rate hinsichtlich des

---

[47a]) Staudinger, § 266 Anm. 1; so auch Caesar, S. 33.

[48]) Müller, Gruch. Bd. 50, S. 510.

[49]) So auch ROHG Bd. 5 S. 180/81.

[50]) Müller, S. 512.

[51]) Müller, S. 511.

[52]) Düringer-Hachenburg, Bd. IV, S. 333; ähnlich Gekeler, S. 10.

[53]) Diese Ansicht hat in § 36 Abs. II der Vergleichsordnung vom 26. Feb. 1935 (RGBl. I S. 321, 356) ihre gesetzliche Verankerung gefunden. Im einzelnen wird hierzu später Stellung genommen.

einheitlichen Vertrages angebracht, sie als Teilleistungen zu bezeichnen, was auch dem Sprachgebrauch entspricht. Da die einzelnen Leistungen auf einem einheitlichen Vertrage beruhen, so kann im besonderen Fall — z. B. bei Verzug, Unmöglichkeit oder positiver Vertragsverletzung — das Schicksal einer einzelnen Leistung seine Wirkung auf den ganzen Vertrag und damit auf die übrigen Leistungen äußern. Dann ist die Einzelrate nur als gewöhnliche Teilleistung anzusehen.

4. *Der Sukzessivlieferungsvertrag, ein Vertrag über gattungsmäßig bestimmte Sachen.*

Wie schon früher ausgeführt, sind Sukzessivlieferungsverträge, denen Speziessachen als Leistung zugrunde liegen, Seltenheiten. Das bekannteste Beispiel ist wohl der Kauf einer Bibliothek. Aus der Eigenart des Sukzessivlieferungsvertrages ergibt sich nämlich, daß grundsätzlich Gegenstand des Sukzessivlieferungsvertrages eine der Gattung nach bestimmte Sache ist. Enneccerus - Lehmann [54]) nennen sogar den Sukzessivlieferungsvertrag eine „wichtige Unterart des Gattungskaufes".

Eine Gattungsschuld ist ein Schuldverhältnis, bei welchem die Leistung nicht individuell, sondern nur nach Gattungsmerkmalen bestimmt ist. Hierbei ist stets zu untersuchen, ob eine unbeschränkte oder eine beschränkte Gattungsschuld geschuldet wird. Ist in einem Vertrage hierüber nichts gesagt, so wird man sich für folgende Regel entscheiden können: Es ist die im Verkehr herrschende Anschauung, daß in der Regel dem Kaufmann an den verbürgten Eigenschaften der Ware gelegen ist [55]). Daneben will sich auch der Lieferant, der selbst einen Betrieb hat, durch den die geschuldete Leistung zu erfüllen ist, gewöhnlich nur insoweit verpflichten, als er selbst produzieren kann [56]). Sobald aber die Herstellung der Ware im Betriebe des Unternehmers als wesentlich angesehen wird, oder wenn es sich bei der von ihm hergestellten Ware um ein besonderes Fabrikat handelt, liegt zweifellos eine begrenzte Gattungsschuld vor. Diese begrenzte oder beschränkte Gattungsschuld ist aber keine Speziesschuld, da nicht bestimmte Einzelsachen geschuldet werden. Nach herrschender Meinung ist sie wirkliche Gattungsschuld [57]).

---

[54]) Enneccerus-Lehmann 1932, II S. 366.

[55]) RG 47/124.

[56]) Enneccerus, Bd. II, S. 20/23; Bolze, Bd. XIII Nr. 49; Bd. XII Nr. 146; OLG Bd. 10, S. 354.

[57]) So Schollmeyer § 243, Erl. 2; Staudinger § 243 I Anm. 3; RGRK § 243 Anm. 2; Enneccerus II § 6, V; Kisch, S. 93;

a. Ansicht Dernburg, II § 11 II; Schöller, in Gruch. Bd. 46, S. 27/28.

Die Frage, ob eine beschränkte Gattungsschuld eine wirkliche Gattungsschuld oder eine Speziesschuld ist, spielt wegen § 279 BGB eine wesentliche Rolle.

5. *Die abgesonderte Bezahlung der Einzelraten.*

Als gegenseitiger Vertrag bedingt der Sukzessivlieferungsvertrag eine doppelte Leistungspflicht, die des Verkäufers und die des Käufers; letzterer ist verpflichtet, den Kaufpreis zu zahlen. Müller[58]) erblickt nur in solchen Verträgen Sukzessivlieferungsverträge, in denen „für jede Rate abgesonderte Zahlung vereinbart ist“[59]). Eine Begründung für diese Behauptung wird von ihm nicht gegeben. Sie kann aber auch nicht gegeben werden. Allein aus dem Namen des Vertrages geht hervor, daß sukzessive g e l i e f e r t werden soll. „Liefern“ bedeutet aber: die Ware übergeben und das Eigentum verschaffen, nicht aber den Kaufpreis zahlen. Es ist auch sonst nirgends ein Argument für die Behauptung Müllers zu finden. Daß tatsächlich die Auffassung Müllers häufig zutrifft, so daß die ratenweise Bezahlung sogar als Regel bezeichnet werden kann, soll nicht bestritten werden, denn diese Gepflogenheit entspricht dem im Geschäftsleben herrschenden Handelsbrauch[60]), um so mehr, als jede einzelne Ratenlieferung „Erfüllungsakt“ ist. Begrifflich notwendig ist aber die Bezahlung der einzelnen Raten nicht[61]).

6. *Sukzessivlieferungsvertrag und Fixgeschäft.*

Es bleibt noch zu untersuchen, in welchem Verhältnis die Sukzessivlieferungsverträge zu den Fixgeschäften stehen. Hierbei ist davon auszugehen, daß ein sogenanntes Fixgeschäft im weiteren Sinne — auch absolutes Fixgeschäft genannt — bei Sukzessivlieferungsverträgen nicht in Betracht kommt. Denn ein Fixgeschäft im weiteren Sinne ist jedes Rechtsgeschäft, bei dem die Leistungszeit ein wesentlicher Teil des Rechtsgeschäftes ist. Ein solches Geschäft liegt vor, wenn die Leistung ihrem Inhalt nach n u r zu der v e r e i n b a r t e n Z e i t bewirkt werden kann. Beim Sukzessivlieferungsvertrag ist aber der Leistungs t e r m i n nicht so sehr wesentlicher Inhalt des Vertrages. Für das Fixgeschäft im weiteren Sinne ist die Anwendung der §§ 361 BGB und 376 HGB nicht gegeben, da bei ihm die Nichteinhaltung der Leistungszeit eine vollständige Unmöglichkeit der Leistung bewirkt. Nach der vereinbarten Zeit kann die Leistung überhaupt nicht mehr erbracht werden[62]).

Dagegen kann ein Sukzessivlieferungsvertrag unter Umständen ein Fixgeschäft im engeren Sinne sein, das in den §§ 361 BGB und 376 HGB seine gesetzliche Regelung gefunden hat. Ein Fixgeschäft

---

[58]) Müller, Gruch. Bd. 50, S. 510.

[59]) Diese Ansicht vertritt auch Staudinger § 433, I, 1a: „Für jede Rate hat abgesonderte Zahlung zu erfolgen.“

[60]) Staub, Bd. III Anh. zu § 374 Anm. 135; JW 1903, S. 422.

[61]) Gekeler, S. 11; Hueck, S. 17/18.

[62]) Ennecerus § 24, 3; Oertmann, II, 1 zu § 361 Anm. 2b; Staudinger II, 1 § 361 1a.

im engeren Sinne liegt dann vor, wenn vereinbart ist, daß die Leistung des einen Teiles genau zu einer festbestimmten Frist bewirkt werden soll[63]). Bei Sukzessivlieferungsverträgen ist es nun häufig der Fall, daß die einzelnen Leistungen kalendermäßig bestimmt sind. Es heißt z. B., die Leistung ist an jedem Monatsersten zu erbringen. Damit ist die Frage aufzuwerfen, ob schon in der kalendermäßigen Festsetzung der einzelnen Leistungstermine der Abschluß eines Fixgeschäftes liegt, d. h. ob die bestimmte Erfüllungszeit, z. B. der erste jeden Monats, derartig zu einer Geschäftsbedingung erhoben ist, daß mit ihrer Einhaltung oder Verabsäumung das Geschäft stehen oder fallen soll[64]). Bei einer Untersuchung der Rechtsprechung kommt man zu dem Ergebnis, daß selbst kalendermäßige Festsetzung der Leistungstermine einem Rechtsgeschäft noch nicht den Charakter eines echten Fixgeschäftes verleiht.

Das Vorliegen eines Fixgeschäftes ist, rein äußerlich, stets dann anzunehmen, wenn bestimmte Wortformulierungen, wie präzise, genau oder fix eingefügt sind. Es würde jedoch zu weit führen, diesen Zusatz stets für notwendig zu halten. Denn auch bei bloßer kalendermäßiger Festsetzung des Leistungstermins wird bisweilen aus dem Charakter des Vertrages zu entnehmen sein, daß ein Fixgeschäft vorliegt. Das ist der Fall, wenn das Rechtsgeschäft derartig gestaltet ist, daß die nachträgliche Einhaltung oder Nichteinhaltung der Erfüllungszeit — also die geringste Ueberschreitung des Erfüllungstermins — als ein so wesentlicher Verstoß angesehen werden muß, daß dadurch der Vertragszweck erheblich gefährdet wird, und dem Gegner deswegen die Aufrechterhaltung des Vertrages nicht mehr zuzumuten ist[65]).

Nach diesen Ausführungen kommen wir zu dem Ergebnis, daß grundsätzlich beim Sukzessivlieferungsvertrag das Vorliegen eines Fixgeschäftes zu verneinen ist. Denn selbst bei kalendermäßiger Festsetzung des Leistungstermins wird es fast stets an einer besonderen vertraglichen Abrede, die, rein äußerlich, dem Sukzessivlieferungsvertrag den Charakter eines Fixgeschäftes verleihen würde, fehlen. Auch wenn man die besondere Eigenart der Sukzessivlieferungsverträge untersucht, kommt man fast stets zu dem Ergebnis, das Vorliegen eines Fixgeschäftes abzulehnen. Bei einem Sukzessivlieferungsvertrag zwischen einem Bäcker und einem Müller wird nämlich eine geringe Verspätung der Lieferung den Vertrag nicht zu Fall bringen, weil eine Mehllieferung auch noch einige Tage nach dem Fälligkeitstermin als Erfüllung anzusehen ist. In Bäckereien ist es üblich, daß ein gewisser Bestand an Mehl an dem betreffenden Lieferungstage noch vorhanden ist, der zur Aufrechterhaltung des Betriebes auf einige Tage ausreicht. In der großen Mehrzahl aller Fälle ist es den Parteien nicht von so wesentlicher Bedeutung, daß die Leistung an einem

[63]) Staudinger, Bd. II, 1 § 361 Anm. 1 a.
[64]) RG 51/347, 348; RG in Gruch. Bd. 46, S. 904.
[65]) RG 51/347; RG in Recht 1907, Nr. 1625.

ganz bestimmten Zeitpunkt bewirkt wird. Die Lieferung einer Ware wird fast stets dem Käufer auch noch einige Tage nach dem 1. jeden Monats gleich erwünscht und gleich viel wert sein. Kommt es einem Kaufmann darauf an, daß der Sukzessivlieferungsvertrag ein Fixgeschäft ist, so ist es für ihn ein leichtes, durch Hinzufügen einer Klausel den Vertrag zu einem Fixgeschäft zu gestalten. Hierbei ist noch in Betracht zu ziehen, daß Sukzessivlieferungsverträge fast nur zwischen Kaufleuten abgeschlossen werden. Als Kaufleute sind die Parteien aber in erhöhtem Maße zur Genauigkeit verpflichtet und müssen ihr Vorhaben deutlich kennzeichnen.

§ 2. Die Voraussetzungen für das Rücktrittsrecht beim Sukzessivlieferungsvertrag (Verzug, Unmöglichkeit und positive Vertragsverletzung).

Das in Wissenschaft und Rechtsprechung umstrittenste Problem beim Sukzessivlieferungsvertrag ist das Rücktrittsrecht. Ein Rücktritt vom Sukzessivlieferungsvertrag — sei es von der Einzelrate, sei es von den bereits geleisteten Raten, sei es vom ganzen Vertrage — ist nur aus drei Gesichtspunkten möglich:

1. Es muß der Verkäufer durch die Nichtlieferung der Ware in Verzug gekommen sein (§ 326 BGB), oder
2. es muß dem Verkäufer die Leistung, d. h. die Lieferung der Ware infolge eines von ihm zu vertretenden Umstandes unmöglich sein (§ 325 BGB), oder
3. in der Nichtlieferung der Ware muß eine positive Vertragsverletzung zu erblicken sein.

Im Schrifttum gehen die Meinungen über das Wesen von Verzug, Unmöglichkeit und positiver Vertragsverletzung oft auseinander. Es soll daher im folgenden zunächst das Wesen dieser Begriffe gezeigt, sodann ihr Verhältnis untereinander klargestellt werden.

1. *Verzug und Unmöglichkeit.*

Der Regel nach haftet der Schuldner innerhalb eines Schuldverhältnisses für jedes eigene Verschulden. Eine Vorschrift dieses Inhalts enthält zwar das Bürgerliche Gesetzbuch nicht, vielmehr sind in ihm nur Verzug und Unmöglichkeit gesetzlich geregelt.

Der Verzug erfordert — wie schon die Wortbedeutung ergibt — die Nachholbarkeit der Leistung, d. h. die Leistung muß noch möglich sein. Von Verzug kann nicht mehr gesprochen werden, wenn die Leistung nicht mehr nachholbar ist. Damit wird die Nachholbarkeit der Leistung zum Kriterium des Verzuges. Nur in den Fällen, in denen eine solche Nachholbarkeit noch möglich ist, kann von einem

Verzuge des Schuldners die Rede sein[66]). Grundsätzlich vertritt das Gesetz den Standpunkt, daß eine Leistung, die nicht rechtzeitig bewirkt wird, immer noch nachgeholt werden kann. Denn die Bestimmungen über den Leistungsverzug setzen voraus, daß die Leistung trotz der Verspätung noch erfolgen kann. Das ergibt sich z. B. aus § 286 Abs. I BGB, der dem Gläubiger neben dem Erfüllungsanspruch einen Ersatzanspruch für den Schaden gewährt, den er infolge des Verzuges erlitten hat.

Die Unmöglichkeit der Leistung schließt den Verzug aus[67]), weil hier die Nachholung nicht mehr möglich ist. Das ist offenbar auch die Auffassung des Gesetzgebers, der den Verzug als ein Minus gegenüber der Unmöglichkeit und daher als etwas anderes auffaßt[68]).

Gegen diese Ansicht richten sich die Angriffe einiger Vertreter der Wissenschaft.

Golde[69]) sieht im Hinblick auf die negativen Pflichten „das Tun des Gegenteils der Erfüllung", die „Negation des geschuldeten Verhaltens" für das Wesen des Verzuges an. Damit schaltet er aber das Zeitmoment, dessen Bedeutung für den Verzug nicht geleugnet werden kann, ganz aus und verwischt er jede Grenze gegenüber der Unmöglichkeit. Im Wesen einer jeden Leistung liegt es, daß sie zu einer bestimmten Zeit vorzunehmen ist.

Wird die Leistung am Fälligkeitstage nicht bewirkt, so will Titze[70]) hierin eine zeitweilige Unmöglichkeit sehen. Hierbei ist es richtig, daß die Zeit nicht zurückgeschraubt und folglich nie mehr an dem versäumten Zeitpunkt geleistet werden kann. Aber die Leistungszeit gilt nach dem Gesetz — abgesehen von den Fällen des Fixgeschäftes und der Dauergeschäfte — nicht als so wesentlich, daß die verspätete Erfüllung nicht doch noch als Vollerfüllung anzusehen wäre. Titze[71]) bezeichnet den Verzug „als eine vom Schuldner zu vertretende Unmöglichkeit der Zeit".

Diese Deutung des Verzugs ist vom Standpunkt des positiven Rechts verfehlt. Denn das Bürgerliche Gesetzbuch macht den Unterschied zwischen Verzug und zeitweiliger Unmöglichkeit, indem es den Verzug vollständig selbständig geregelt hat. So bemerkt Oertmann[72]) hierzu treffend: „Es hat keinen Zweck, den Verzug mit der Unmöglichkeitslehre zu verquicken, wenn das Gesetz ihn anders behandelt." Es liegt die Vorstellung fern, etwas, was nicht ganz zur rechten Zeit geschieht, schon allein deshalb als unmöglich zu bezeichnen. Näher

---

[66]) So auch Paech, S. 10; ähnlich Lehmann, Arch. ziv. Praxis, Bd. 96, S. 70; Planck, § 284 Anm. 2 a; Staudinger, Bd. II, 1 Vorbem. zu §§ 284—290, 291.

[67]) Titze, S. 41; Siber, Iher. Jb. Bd. 50, S. 187.

[68]) Leonhard, Allg. Schuldrecht, S. 511.

[69]) Golde, Arch. ziv. Prax. Bd. 99, S. 306 ff., insbes. 309, 312; siehe hierzu auch Rogowski, Arch. ziv. Prax. Bd. 104, S. 309 ff.

[70]) Titze, S. 33: „Die Leistung, die im Moment der Fälligkeit nicht bewirkt wird, ist eine vollständig mögliche nicht mehr ..."

[71]) Titze, S. 41.

[72]) Oertmann Vorbem. 4 vor §§ 275 ff.

liegt die Anschauung, die nicht rechtzeitig bewirkte Leistung, die aber in der Zukunft noch bewirkt werden kann, als eine mögliche anzusehen.

Die herrschende Meinung [73]) steht denn auch der Meinung Titzes ablehnend gegenüber.

Nur in Ausnahmefällen — bei Fixgeschäften und bei Dauergeschäften — kann der Verzug des Schuldners eine Unmöglichkeit der Leistung herbeiführen. Das trifft zu, wenn die Leistungszeit wesentliches Merkmal der geschuldeten Leistung ist, so daß die Bewirkung der Leistung zu einer späteren Zeit keine Erfüllung im Sinne des Schuldverhältnisses ist. Erfolgt in einem solchen Falle eine Verzögerung der Leistung, so tritt zugleich mit dem Verzuge Unmöglichkeit ein. Denn eine nachträgliche Erfüllung ist hier ausgeschlossen, weil die später angebotene Leistung keine Leistung im Sinne des Schuldverhältnisses ist, juristisch betrachtet also etwas ganz anderes sein würde. Grundsätzlich erscheint aber das zeitliche Moment dem Gesetz nicht wichtig genug, „um an seine Verletzung die strengen Unmöglichkeitswirkungen zu knüpfen; Fälligkeit bedeutet insoweit nur, daß von jetzt an, nicht, daß gerade nur jetzt geleistet werden muß“ [74]).

Der Verzug kann sich soweit steigern, daß er die Rechtsfolgen der Unmöglichkeit nach sich zieht. Tritt die Unmöglichkeit selbst ein, so wird der Verzug durch diese absorbiert, denn die Rechtsfolgen des Verzuges können nie weitergehen als die der Unmöglichkeit. Es besteht dann für den Verzug kein praktisches Interesse mehr. Hieraus ergibt sich, daß nur entweder Verzug oder Unmöglichkeit vorliegen kann. Trifft Unmöglichkeit auf schon vorhandenen Verzug, oder trifft sie mit diesem zusammen ein, so nimmt sie die Verzugsfolgen in sich auf, und es liegt nur Unmöglichkeit vor [75]).

Bezüglich des Begriffs der Unmöglichkeit der Leistung haben sich zwei verschiedene Grundanschauungen gebildet.

Nach der einen strengen Ansicht ist der Begriff der Unmöglichkeit ein rein logischer. „Unmöglichkeit ist nichts als negative Notwendigkeit, Notwendigkeit des Nichtgeschehens“ [76]). Titze [77]) drückt das in der Weise aus: „Rein logisch betrachtet, ist das Unmögliche das Gegenteil des Notwendigen, d. h. im Sinne der Logik ist dasjenige und nur dasjenige unmöglich, von dem wir auf Grund der uns innewohnenden Kenntnisse und Erfahrungen aussagen müssen: Es wird notwendig nicht geschehen, oder, wie wir uns in solchen Fällen

[73]) Dernburg § 71; Endemann § 124 S. 692 ff.; Kisch, Krit. Viertelj. Ztschr. Bd. 44, S. 514 ff.; Krückmann, Arch. ziv. Prax. Bd. 101, S. 152; Planck § 284 Anm. 1 a; RGRK § 284 Anm. 1; Siber, Iher. Jb. Bd. 50, S. 95.

[74]) Oertmann, Vorbem. 4 zu § 275; vgl. hierzu auch Krückmann, Arch. ziv. Prax. Bd. 101, S. 226.

[75]) Unrichtig Paech, S. 18, der den Leistungsverzug als einen Fall teilweiser Unmöglichkeit in Ansehung der Zeit ansieht.

[76]) Hartmann, Die Obligation S. 172.

[77]) Titze, S. 2.

auszudrücken pflegen: Es wird unter keinen Umständen geschehen“ [78]).

Von diesem logischen oder natürlichen Begriff der Unmöglichkeit ist nach der als herrschend zu bezeichnenden Ansicht der spezifisch juristische Begriff der Unmöglichkeit zu unterscheiden, und zwar ist dieser Begriff ein weiterer als der logische, indem er auch die Fälle umfaßt, in denen die Leistung zwar an sich nicht gänzlich ausgeschlossen ist, der Schuldner sie aber nur mit überobligationsmäßiger Kraftanstrengung zu erbringen vermag, und ihm deshalb nach Treu und Glauben ihre Bewirkung nicht zugemutet werden kann [79]).

So führt Titze [80]) aus: „Es gehören zu den unmöglichen Leistungen im Rechtssinne nicht nur diejenigen Leistungen, deren Bewirkung gänzlich ausgeschlossen ist, sondern es fallen darunter auch solche, die an sich zwar prästiert werden können, deren Bewirkung aber ein solches Uebermaß an Opfern erfordert, daß sie dem Schuldner billigerweise nicht zugemutet werden darf.“

Auch das Reichsgericht [81]) steht auf dem Standpunkt, „daß der unbedingten Unmöglichkeit“ . . . „der Fall gleichzusetzen ist, daß der Schuldner nur mit übermäßiger Kraftanstrengung, also nur unter solchen Schwierigkeiten oder nur unter so großen Anstrengungen zu erfüllen vermöchte, daß ihm die Leistung nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte nicht zugemutet werden kann; denn über diese letzte Grenze geht die Leistungspflicht des Schuldners gemäß § 242 überhaupt nicht [82]).“

Dieser Ansicht ist zuzustimmen, denn sie ist der Ausfluß des das ganze Gesetz beherrschenden Grundsatzes von Treu und Glauben. Der Begriff der Unmöglichkeit ist eben im Sinne einer praktischen Verkehrsanschauung zu fassen. Dann aber erscheint es angemessen, auch die Frage der Unzumutbarkeit, die Voraussetzungen, von denen die Parteien bei Abschluß des Vertrages ausgingen, im Sinne des § 242 BGB mit zu berücksichtigen. Durch diesen Unmöglichkeitsbegriff wird der Schuldner auch nicht zu milde behandelt, denn als Unmöglichkeit kommen nur solche Hindernisse in Betracht, die eine Erfüllung als dem Leistungscharakter völlig widersprechend nach Treu und Glauben als unzumutbar erscheinen lassen.

Gegen den Begriff der Unmöglichkeit als solchen wendet sich Brecht [83]). Nach seiner Ansicht stützt sich die ganze Lehre von der Unmöglichkeit auf § 242 BGB, auf die Kraftanstrengung nämlich, die dem Schuldner nach Treu und Glauben zugemutet werden könne.

---

[78]) So auch Binder, ZHR Bd. 52, S. 598; Biermann, S. 75; Krückmann, Arch. ziv. Prax. Bd. 101, S. 1 ff., S. 60; Leonhard, S. 293; Ubbelohde, Arch. ziv. Prax. Bd. 85, S. 119.

[79]) Achilles-Greiff, § 275 Anm. 2; Crome § 145 Anm. 1a; Enneccerus, § 29, §§ 45—49; Kisch, S. 12; Staudinger Vorbem. zu §§ 275 ff, A I, 1a; Titze, S. 2.

[80]) Titze, S. 2.

[81]) RG 57/118.

[82]) RG 65/34; 88/174; 97/185; RGRK § 275 Anm. 2.

[83]) Brecht, Jher. Jb. Bd. 53, S. 233, 234.

In den Ausführungen von Brecht ist eine sachliche Abweichung von der herrschenden Lehre nicht zu erkennen. Er will nur ein neues System einführen. Denn auch er kommt ohne den Begriff der Unmöglichkeit nicht aus, da nach seiner Ansicht der Gläubiger, wenn er auf Schadensersatz klagt, die Möglichkeit der schuldnerischen Leistungen nachzuweisen hat[84]).

Am häufigsten hat jedoch Krückmann[85]) die herrschende Unmöglichkeitslehre bekämpft. Er will im Falle der Nichtzumutbarkeit den Schuldner nicht ipso iure befreien, sondern ihm nur eine Einrede aus eigenem entgegenstehenden Interesse einräumen. Der Hauptgrund, den er gegen die herrschende Lehre anführt, ist der, daß die Unzumutbarkeit nur in besonderen Ausnahmefällen in den Inhalt der Obligationen aufgenommen werde. Wenn nämlich der Schuldner trotz überobligationsmäßiger Schwierigkeiten die Leistung unter großen Opfern erbringe, so habe er etwas geleistet, was er gar nicht schulde. Dann könne der Gläubiger die Gegenleistung verweigern, weil in Wahrheit die Erfüllung ausstehe[86]).

Hiergegen ist zu sagen, daß wohl nie der Fall eintreten wird, daß der Schuldner unter so großen Opfern eine Leistung erbringen wird, wie sie zur Annahme eines Nichtleistenkönnens gefordert wird. Sollte jedoch ein solcher Fall einmal eintreten, so wird dem Schuldner, wenn er ausnahmsweise wegen § 814 BGB einen Bereicherungsanspruch nicht haben sollte, ein Anspruch aus § 826 BGB zu gewähren sein. Krückmann berücksichtigt überhaupt nicht die Fälle, in denen dem Schuldner die Geldmittel oder die Kräfte fehlen, um das der Erfüllung entgegenstehende Hindernis beseitigen zu können. Was die „Einrede aus gewichtigem Interesse" belangt, so ist zu betonen, daß das Gesetz ein solches Gegenrecht dem Schuldner nirgends in der von Krückmann gewünschten allgemeinen Form gewährt. Es ist auch nicht angängig, einen Grundsatz von so weittragender Bedeutung aus einer Reihe von Einzelbestimmungen abzuleiten[87]).

2. *Die positive Vertragsverletzung.*

a) Der Begriff.

Als Erster hat Staub[88]) erkannt, daß durch die Begriffe der Unmöglichkeit und des Verzuges nicht sämtliche Pflichtverletzungen umfaßt sind. Es waren das die Fälle, in denen jemand eine Verbindlichkeit durch positives Tun verletzte, in denen jemand tat, was er unterlassen sollte, oder die Leistung, die er zu bewirken hatte, nur fehlerhaft erbrachte[89]). Staub führt zahlreiche Beispiele an, von denen

[84]) Siehe hierüber auch Hamburger, S. 161, 162.
[85]) Krückmann, Jher. Jb. Bd. 59, S. 233 ff.; Arch. ziv. Prax. Bd. 101, S. 1 ff.
[86]) Krückmann, Arch. ziv. Prax. Bd. 101, S. 115 ff., 135 ff.
[87]) So wie Krückmann auch Hamburger, S. 159.
[88]) Staub, Ueber die positiven Vertragsverletzungen und ihre Rechtsfolgen, Festschrift zum Deutschen Juristentag in Berlin 1902.
[89]) Staub-Müller, S. 5.

einige erwähnt seien[90]). A verpflichtet sich dem B gegenüber, die ihm von diesem verkauften Lampen nicht nach Frankreich weiter zu verkaufen; er tut es doch. Der Kaufmann K liefert dem Bauern B mangelhaftes Viehfutter, durch dessen Genuß das Vieh des B erkrankt. Es liefert jemand einen von ihm fabrizierten Leuchtstoff, der explosive Bestandteile enthält, ohne den Abnehmer darauf aufmerksam zu machen. Der Leuchtstoff explodiert im Laden des Käufers und richtet großen Schaden an. Schließlich sei noch der Fall erwähnt, daß das gelieferte kranke Vieh die gesunden Tiere des Käufers infiziert[91]).

Gemeinsam ist allen diesen Fällen, daß gerade ein positives Tun, eine positive Zuwiderhandlung gegen eine Rechtspflicht die nachteiligen Folgen verursacht[92]). Das veranlaßte Staub, diese Art der Vertragsverletzungen unter den Begriff der „positiven Vertragsverletzungen" zusammenzufassen und sie in Gegensatz zur Unmöglichkeit und Verzug zu stellen.

Ueber die selbständige Stellung dieses Begriffs ist in der Literatur viel gestritten worden. Die Gegner der Theorie Staubs glauben, daß bei jeder Vertragsverletzung entweder die Normen über Verzug oder die über Unmöglichkeit anzuwenden seien[93]).

Hat eine geschuldete Sache nicht die Eigenschaften, welche sie auf Grund des Vertrages haben muß, wird eine Handlung nicht so geleistet, wie sie geschuldet wird, so ist nach Goldmann-Lilienthal die Leistung insoweit unmöglich, als die Sache oder die Leistung nicht dem Inhalt des Schuldverhältnisses entspricht[94]). Es soll sich hierbei um eine teilweise oder zeitweise Unmöglichkeit handeln.

Auch Planck-Siber[95]) erkennen den Begriff der positiven Vertragsverletzung als solchen nicht an. Nach ihrer Ansicht ist die Bezeichnung „positive Vertragsverletzung" ein Sammelname für Dinge, die miteinander nicht mehr gemein haben, als mit den anerkannten Fällen der Haftung wegen Unmöglichkeit und wegen Verzuges, nämlich nur eine Schädigung des Gläubigers durch einen vom Schuldner zu vertretenden Umstand. Alle Fälle der positiven Vertragsverletzung sind daher nach Planck-Siber teils auf die Unmöglichkeit der Leistung, teils auf Verzug zurückzuführen.

Gegen diese Ansichten ist folgendes einzuwenden: Es sind im Rechtsleben Vertragsverletzungen denkbar, auf die die Normen des Verzuges und der Unmöglichkeit unanwendbar sind. Als anschau-

---

[90]) Staub-Müller, S. 5.
[91]) Enneccerus, § 55, I; Oertmann, § 280, III.
[92]) Lehmann, Arch. ziv. Prax. Bd. 96, S. 60 ff., 62.
[93]) Goldmann-Lilienthal I, S. 333; Schöller, Gruch. Bd. 46, S. 1 ff.; Kiss, Arch. bürgerl. Recht Bd. 31, S. 175 ff.; Planck-Siber § 325, Anm. 4; Dernburg, DJZ 1903, S. 1 ff.; ebenda Kipp, S. 252.
[94]) Goldmann-Lilienthal, S. 333.
[95]) Planck-Siber, § 325 Anm. 4, §§ 275—292, I, 2a.

licher Beweis soll das von Staub[96]) angeführte Beispiel des Gesellschafters dienen, der innerhalb der ersten drei Monate die Bilanz des Geschäftsjahres aufzustellen hat. Der Gesellschafter stellt nun diese Bilanz schon im ersten Monat falsch auf, wodurch den übrigen Gesellschaftern Schaden entsteht. Der Gesellschafter legt jetzt die richtige Bilanz vor.

Nach Goldmann-Lilienthal[97]) liegt hierin eine Unmöglichkeit der von dem Gesellschafter geschuldeten Leistung, da die Aufstellung der richtigen Bilanz, selbst wenn der Gesellschafter sie innerhalb der ihm gesetzten Frist aufstellen sollte, für die vorhergehende Zeit unmöglich bleibt. Hierbei erkennen Goldmann-Lilienthal an, daß grundsätzlich das zeitliche Moment nicht wichtig genug sei, „um an seine Verletzung die strengen Unmöglichkeitswirkungen zu knüpfen". Sie übersehen aber, daß der Gesellschafter die Bilanz „innerhalb" der ersten drei Monate aufzustellen hat. Da der Gesellschafter noch zwei Monate Zeit zur Aufstellung der richtigen Bilanz hat, so kann die Aufstellung auch nicht einmal zeitweise unmöglich sein. Die Unrichtigkeit dieser Ansicht leuchtet ohne weiteres ein. Es wäre eine Ueberspannung des rechtlichen Begriffs der Unmöglichkeit, wenn jede schuldhafte Verletzung einer Verbindlichkeit stets eine verschuldete teilweise Unmöglichkeit nach § 280 oder § 325 BGB nach sich ziehen würde[98]). Der Gesellschafter ist auch nicht in Verzug geraten, da er noch zwei Monate Zeit hat, um die richtige Bilanz aufzustellen. Die Vertragsverletzung des Gesellschafters wird somit durch die Begriffe der Unmöglichkeit und des Verzuges nicht erfaßt. Hier greift der Begriff der positiven Vertragsverletzung ein, der eine Schadensersatzpflicht oder ein Rücktrittsrecht für jede schuldhafte Vertragsverletzung vorsieht.

Die Versuche von Goldmann - Lilienthal und Planck - Siber, die Schadensersatzpflicht bei positiven Vertragsverletzungen aus den ausdrücklichen Gesetzesbestimmungen der Unmöglichkeit oder des Verzuges abzuleiten, müssen hiernach als mißglückt betrachtet werden.

Einige Vertreter der Wissenschaft wollen den Begriff der positiven Vertragsverletzung dadurch einschränken, daß sie die Zuwiderhandlungen gegen eine Unterlassungspflicht als Unmöglichkeit der Leistung auffassen.

Schöller[99]) führt aus, daß eine Vertragspflicht bestehe, vertragswidrige Leistungen zu unterlassen. Das Schuldverhältnis enthalte nicht nur das Gebot, zu erfüllen, sondern auch das Verbot, dem Gläubiger etwas anderes als Erfüllung anzubieten, als das wirklich Geschuldete. Nicht nur das Nichtleisten, sondern auch das Andersleisten

[96]) Staub, Die positiven Vertragsverletzungen S. 10 ff. Ein anderes Beispiel ist, daß krankes Vieh geliefert wird, wodurch das gesunde Vieh des Käufers infiziert wird. Auch hier ist die vertragsmäßige Leistung, die Lieferung gesunden Viehes, immer noch möglich.

[97]) Goldmann-Lilienthal, S. 333.

[98]) Müller in Recht 1902, S. 573.

[99]) Schöller, Gruch. Bd. 46, S. 1 ff., S. 26—28.

stehe im Widerspruch zu den Vertragspflichten des Schuldners. Jede Zuwiderhandlung des Schuldners gegen eine Unterlassungspflicht mache daher die Unterlassung als solche unmöglich, da die einmal geschehene Tatsache der Zuwiderhandlung sich nie mehr rückgängig machen lasse. Die Zuwiderhandlung begründe somit eine Unmöglichkeit der auf Unterlassung gerichteten Leistung. Jede schuldhafte Zuwiderhandlung gegen eine Unterlassungspflicht zieht nach Ansicht Schöllers stets die Folgen der nachträglich verschuldeten Unmöglichkeit der Leistung nach sich.

Schöller muß selbst das Gekünstelte seiner Konstruktion zugeben. Er glaubt aber zu diesen Rechtsausführungen durch das Gesetz gezwungen zu sein, weil nur Unmöglichkeit und Verzug dem Gläubiger Schadensersatz gewähren. Schöllers Ansicht ist ohne weiteres abzulehnen, da es nicht angeht, mit Gewalt etwas in das Gesetz hineinzulegen.

Einen anderen Versuch unternimmt Kiß[100]). Auch er behauptet, daß Zuwiderhandlungen gegen Unterlassungspflichten nie positive Vertragsverletzungen begründen. Er erachtet es als festgestellt, daß die Verletzungen von Unterlassungspflichten aus den positiven Vertragsverletzungen auszuscheiden haben und durch die Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung und dem Verzuge zu entscheiden seien. Eine positive Vertragsverletzung liege nur dann vor, wenn vom Schuldner geleistet werde, die Leistung aber mangelhaft sei[101]).

Kiß ist insoweit zuzustimmen, als positive Vertragsverletzungen häufig durch mangelhafte Leistung entstehen. Andererseits gibt es viele Fälle von positiven Vertragsverletzungen, bei denen der Schuldner insoweit ordnungsmäßig erfüllt, eine positive Vertragsverletzung aber anderweitig begangen hat[102]). Uebernimmt am 31. 12. 1935 der A das Geschäft des B mit dem gesamten Kundenstamm, eröffnet jetzt B ein Geschäft gleicher Art und versteht er es, die alte Kundschaft zu sich herüberzuziehen, so liegt hierin eine positive Vertragsverletzung. Hier ist also keine „mangelhafte" Leistung vom Schuldner erbracht, und dennoch haftet dieser aus dem Gesichtspunkt der positiven Vertragsverletzung.

Oertmann[103]) unterscheidet wiederum die Verletzung von primären und sekundären Unterlassungspflichten. Bei dem Verstoß gegen eine primäre (eigentliche) Unterlassungspflicht will er die Vorschrift des § 280 BGB direkt anwenden, während er in der Verletzung einer sekundären, akzessorischen Unterlassungspflicht eine positive Vertragsverletzung erblickt, weil diese nur im Zusammenhang mit der Erfüllung der Hauptpflicht in Betracht komme.

Auch Enneccerus[104]) hält den Begriff der positiven Vertragsverletzung für zu weit, soweit auch Zuwiderhandlungen gegen selb-

[100]) Kiss, Arch. bürgerl. Recht Bd. 31, S. 175 ff.
[101]) Kiss, Arch. bürgerl. Recht Bd. 31, S. 178.
[102]) Jackisch, Gruch. Bd. 63, S. 434; Thies, S. 25.
[103]) Oertmann, § 280, III γγ.
[104]) Enneccerus, § 55, I a.

ständige Unterlassungspflichten einbezogen werden. Durch das Zuwiderhandeln werde nämlich die Erfüllung der Forderung ganz oder teilweise unmöglich gemacht, so daß die Unmöglichkeitsregeln Anwendung finden müssen.

Das Problem der positiven Vertragsverletzung besteht für Enneccerus wie für Oertmann nur auf dem Gebiet der Zuwiderhandlungen gegen unselbständige, sekundäre Unterlassungspflichten, die sich im wesentlichen als die Kehrseite der positiven Leistung darstellen.

Auch diesen Ansichten kann nicht beigepflichtet werden. Es ist zwar richtig, daß die Bezeichnung „positive Vertragsverletzung" in mancher Hinsicht nicht einwandfrei ist. So wird von Enneccerus mit Recht ausgeführt, daß der Begriff der positiven Vertragsverletzung von Staub zu eng gefaßt sei. Denn derartige Zuwiderhandlungen können nicht nur gegenüber Vertragspflichten, sondern auch gegenüber Forderungen aus einem gesetzlichen Schuldverhältnis oder aus einseitigem Versprechen vorkommen. Enneccerus zieht daher den Namen „positive Forderungsverletzung" vor [105]). Dieser Ausdruck ist jedoch nicht genauer, da Enneccerus übersieht, daß nicht die Forderung verletzt wird, sondern die „Verpflichtung" des Schuldners [106]). Ferner ist das Wort „positiv" abzulehnen. Denn es kann eine positive Vertragsverletzung auch in der Unterlassung von Maßnahmen bestehen, die dem Schuldner bei verkehrsmäßiger Sorgfalt obliegen [107]). Das ist der Fall, wenn der Entleiher eines Buches bei dessen tadelloser Zurückgabe dem Verleiher verschweigt, daß es in den Händen eines Scharlachkranken gewesen ist und der Verleiher sich jetzt infiziert. Am treffendsten gibt wohl der von Zitelmann [108]) vorgeschlagene Ausdruck der „Schlechterfüllung" das Wesen der positiven Vertragsverletzung wieder.

Auch Oertmann [109]) hält den üblichen Namen für zu eng und will ihn, da es sich grundsätzlich „um Verschulden bei Erfüllung einer Vertragspflicht", und zwar häufig einer Nebenpflicht handelt, durch Zitelmanns Bezeichnung „Schlechterfüllung" ersetzen. Auch er wendet sich gegen die Bezeichnung „positiv", da die sogenannte positive Vertragsverletzung ebensogut in der Unterlassung solcher Maßnahmen bestehen könne, die dem Schuldner verkehrsmäßig im Interesse der ordnungsmäßigen Vertragserfüllung obliegen.

Es zeigt sich also, daß die Bezeichnung „positiv" nicht allzu glücklich gewählt ist. Staub wollte damit den Gegensatz zu Verzug und Unmöglichkeit ausdrücken. Diese Erwägung dürfte Müller [110]) dazu bestimmt haben, die positive Vertragsverletzung als „eine vom Schuldner zu vertretende Vertragsverletzung, die weder einen Schuldner-

[105]) Enneccerus, § 55, I a.
[106]) Staudinger, Vorbem. C vor § 275.
[107]) Enneccerus, § 55, I b.
[108]) Zitelmann, S. 276.
[109]) Oertmann, § 280, III γγ.
[110]) Müller, Gruch. Bd. 50, S. 535.

verzug noch eine vom Schuldner zu vertretende Unmöglichkeit der Leistung begründet', zu bezeichnen. Ebenso legt Hesse [111]) der Bezeichnung „positiv" eine zu große Bedeutung bei, wenn er als Gegensatz zu den positiven Vertragsverletzungen, die durch positive Handlungen herbeigeführt werden, den Verzug und die Unmöglichkeit zu „negativen Vertragsverletzungen" stempelt [112]).

Diese scharfen Unterscheidungen sind unhaltbar. Es darf nicht vergessen werden, daß Staub nicht die Fälle berücksichtigt hat, in denen die Unmöglichkeit auch durch positive Handlungen herbeigeführt werden kann. Hammer führt hierfür den Fall an, daß ein Weinhändler das letzte bestimmte Faß Wein 1921er bestimmter Marke an einen Wirt verkauft hat und einige Tage später einem Dritten nochmals verkauft und übergibt. Da es sich um eine Speziessache handelt, liegt dem ersten Käufer gegenüber eine vom Schuldner zu vertretende Unmöglichkeit vor [113]). Es ist daher darauf, daß die Vertragsverletzung nur durch positives Handeln erfolgt, kein entscheidendes Gewicht zu legen [114]), vielmehr können auch Unterlassungen, und zwar selbständiger wie unselbständiger Natur, positive Vertragsverletzungen begründen. Die Bezeichnung „positive Vertragsverletzung" soll jedoch beibehalten werden, da sie sich allgemein eingebürgert hat.

Wir kommen damit zu dem Ergebnis, daß jede Art von Vertragsverletzungen den Begriff der positiven Vertragsverletzung erfüllen kann; nur darf die Verletzung nicht eine solche sein, die im Gesetz eine besondere Regelung gefunden hat [115]). Nach der feststehenden Rechtsprechung des Reichsgerichts fallen unter positive Vertragsverletzungen „alle solche vom Schuldner zu vertretenden positiven [116]) Zuwiderhandlungen gegen die Vertragspflichten, welche den Vertragszweck dergestalt gefährden, daß dem vertragstreuen Teil bei Berücksichtigung aller Umstände die Fortsetzung des Vertrages nicht zuzumuten ist" [117]). Da in der Definition des Reichsgerichts die Bezeichnung „positive Zuwiderhandlung" zu leicht zu Mißverständnissen Anlaß geben kann, ist m. E. folgende Definition treffender: Die positive Vertragsverletzung ist ein vom Schuldner zu vertretender Verstoß in der Vertragserfüllung, der sich mit Rücksicht auf die Natur des Vertrages und die besonderen Verhältnisse der Parteien als so wesentlich darstellt, daß dem vertragstreuen Teil bei billiger Berück-

[111]) Hesse, S. 10. So auch Remelé, das Recht 1912, S. 573.

[112]) Aehnlich spricht Müller-Erzbach von „negativen Vertragsverletzungen"; in DJZ. 1904, S. 1160.

[113]) Hammer, S. 13.

[114]) So auch Hammer, S. 13; Hueck, S. 90; Thies, S. 27;

[115]) Staub-Könige, Vorbem. zu § 373, Anm. 10; Crome, II, § 150, 0, 2 c; Müller in Recht 1902, Nr. 22, S. 540 ff.; Staudinger, II, 1 Vorbem. zu §§ 275—282, B, II und C I; Düringer-Hachenburg, Bd. IV, S. 327.

[116]) „positiv" ist hier vom Reichsgericht in einem weiteren Sinne gebraucht. So auch Hammer, S. 13.

[117]) RG 93/286; ähnlich in 57/113; 106/22; Warn. § 326, Anm. 12; RGRK § 325, Anm. 4; Staub-Könige, Vorbem. zu § 373, Anm. 10.

sichtigung der Umstände des Falles, die Fortsetzung des Vertrages nicht mehr zugemutet werden kann, daß also der Vertragszweck erheblich gefährdet ist[118]). Hierbei ist zu beachten, daß die Gefährdung eine gegenwärtige sein muß. Im übrigen ist stets das Verhalten beider Teile zu berücksichtigen[119]). Nimmt nämlich der Gläubiger mangelhafte oder verspätete Lieferungen ungerügt an, oder rügt er sonstige Verletzungen nicht, so gibt er dadurch zu erkennen, daß der Vertragszweck für ihn nicht gefährdet ist. Obwohl die Verletzung objektiv erheblich ist, kann sich der Gläubiger in diesen Fällen nicht auf die Rechtsbehelfe der positiven Vertragsverletzung berufen[120]).

Es würde über den Rahmen der Arbeit hinausgehen, die einzelnen Tatbestände der positiven Vertragsverletzungen eingehend darzulegen. Es seien daher nur die wichtigsten Arten aufgezählt:

1. Zuwiderhandlungen gegen Unterlassungspflichten,
2. Mangelhafte Erfüllungshandlungen, die einen besonderen, über das Erfüllungsinteresse hinausgehenden Schaden verursachen,
3. Die bestimmte Erfüllungsverweigerung.

b) Der Schadensersatzanspruch bei der positiven Vertragsverletzung.

Oberster Grundsatz der vertraglichen Haftungslehre ist, daß der Schuldner für die Folgen jeder Vertragsverletzung haftet. Das ist geltendes Recht[121]). Im Gesetz ist für die Fälle der verschuldeten Unmöglichkeit und des Verzuges die Schadensersatzpflicht ausdrücklich ausgesprochen (§§ 280, 286, BGB). Für die positive Vertragsverletzung fehlt eine entsprechende Vorschrift, weil der Gesetzgeber durch die Regeln über Verzug und Unmöglichkeit alle Vertragsverletzungen erfaßt zu haben glaubte. Es ist im Schrifttum und in der Rechtsprechung anerkannt, daß auch für die Fälle der positiven Vertragsverletzung eine Haftung aus rechtspolitischen Gründen erfolgen muß[122]).

Goldmann-Lilienthal[123]) wollen die Schadensersatzpflicht direkt aus § 280 BGB herleiten. Zu diesem Ergebnis kommen sie auf Grund ihrer Ansicht, daß die positive Vertragsverletzung stets ein Teil teilweiser oder zeitweiser Unmöglichkeit ist. Wie wir früher gesehen haben, sind die Ausführungen, durch die Goldmann-Lilienthal zu diesem Schluß kommen, unhaltbar, weil sie weder rechtlich noch sachlich das Richtige treffen. Gegen ihre Theorie, die Schadens-

[118]) Aehnlich Staub, Anh. zu § 374, Anm. 174.
[119]) RG 54/102.
[120]) Warn., Rechtspr. 1925, Nr. 165; Staub, Anh. zu § 374, Anm. 175.
[121]) Brecht, Jher. Jb. Bd. 54; S. 83 ff., 85.
[122]) Oertmann, § 276 Anm. 6 b, 8; § 280, III γγ; Lehmann, Arch. ziv. Prax. Bd. 96, S. 60 ff., 65, 87.
[123]) Goldmann-Lilienthal, S. 333; ähnlich Schöller, S. 26, 27.

ersatzpflicht aus § 280 BGB direkt herzuleiten, sprechen dieselben Gründe, die wir oben angeführt haben. Somit kann ihre Meinung nicht Anspruch auf Allgemeingültigkeit erheben [124]).

Auch Staub [125]) lehnt die Unmöglichkeitstheorie Goldmann-Lilienthals ab. Er schlägt analoge Anwendung von § 286 BGB zur Begründung der Schadensersatzpflicht vor. Staub geht von dem Gedanken aus, daß das Bürgerliche Gesetzbuch einen Schadensersatzanspruch für positive Vertragsverletzungen nicht normiert habe. Eine direkte Anwendung von gesetzlichen Vorschriften könne daher nicht in Frage kommen. Er glaubt aber aus § 286 BGB, wonach der Schuldner dem Gläubiger den durch den Verzug entstehenden Schaden zu ersetzen habe, den Rechtsgrundsatz herleiten zu können, daß derjenige, „der eine Verbindlichkeit durch eine positive Handlung schuldhaft verletze, dem anderen Teil den hierdurch entstandenen Schaden ersetzen müsse" [126]). Staub ist nämlich der Ansicht, daß die „schuldhafte Zuwiderhandlung" nicht anders zu behandeln sei als die „schuldhafte Unterlassung" einer positiven Leistung. Der gleiche Grundgedanke müsse daher zur gleichen Entscheidung berechtigen.

Gegen die Theorie von Staub ist einzuwenden, daß nach dem Grundgedanken des § 286 BGB jede schuldhafte Leistungsverweigerung des Schuldners zum Ersatz des Schadens verpflichtet, der durch diese Verzögerung entsteht. Es trifft nun keineswegs immer zu, daß positive Vertragsverletzungen durch ein verzugsartiges Verhalten entstehen oder wenigstens dem Verzug ähneln [127]). Denn die durch positive Vertragsverletzungen entstandenen Schäden sind gerade keine Folge des Nichtgeschehens der vertragsmäßigen Leistung [128]). Sie wären, wie Kipp [129]) mit Recht hervorhebt, „ohne Zweifel auch dann nicht eingetreten, wenn gar nichts geschehen wäre." Verzugsschaden ist nämlich nur derjenige Schaden, den das Unterbleiben der richtigen Leistung anrichtet. Dieser ist grundverschieden von dem besonderen Schaden, der durch eine fehlerhafte Leistung verursacht wird [130]). Ist z. B. der Schuldner in Verzug gekommen, und liefert er außerdem noch mangelhaft, so daß etwa durch das kranke Vieh des Verkäufers das gesunde Vieh des Käufers angesteckt wird, so wird der durch die positive Vertragsverletzung verursachte Schaden keineswegs durch den Verzugsschaden gedeckt [131]). § 286 BGB führt also zu keinem befriedigenden Ergebnis.

---

[124]) Aehnlich Kreplin, S. 26—29.
[125]) Staub-Müller, S. 19.
[126]) Staub-Müller, S. 14.
[127]) Oertmann, § 280, III αα.
[128]) Lehmann, Arch. ziv. Prax. Bd. 96, S. 65.
[129]) Kipp, S. 254.
[130]) Aehnlich Lehmann, S. 65; Enneccerus, § 55, II b.
[131]) So auch Kreplin, S. 31.

Dieselben Bedenken stehen der Meinung Sibers [132]) entgegen, der den §§ 280 und 286 BGB den allgemeinen Satz entnimmt: „Der Schuldner hafte allgemein für das Unterbleiben der Leistung."

Das Reichsgericht [133]) entnimmt in ständiger Rechtsprechung den Haftungsgrund unmittelbar der Vorschrift des § 276 BGB. Nach § 276 BGB hat der Schuldner, sofern nicht etwas Anderes bestimmt ist, Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten. Hierin erblickt das Reichsgericht „den Ausspruch einer Verpflichtung des Schuldners zum Schadensersatze für vorsätzlich oder fahrlässig begangene Verletzungen von Unterlassungspflichten" [134]).

Diese Theorie vertritt auch Staudinger [135]). Er sieht in § 276 BGB einen Rechtsgrundsatz, „aus dem sich auch die nach dem Gesetz gebotene Behandlung der positiven Vertragsverletzung ableiten lasse." Staudinger sieht zwar, daß die Stellung des § 276 BGB im Gesetz seiner Ansicht entgegensteht. Diesen Gegensatz glaubt er durch den Hinweis beseitigen zu können, daß die räumliche Stellung des § 276 BGB ihren Grund im engen Zusammenhang zwischen Unmöglichkeit und Verschulden habe. Die im § 276 BGB niedergelegte Verpflichtung des Schuldners soll sich nicht nur auf den Fall beziehen, daß die Leistung durch Verschulden unmöglich werde. Staudinger sieht es als selbstverständlich an, daß der Schuldner auf Grund von § 276 BGB Schadensersatz zu leisten habe, da das Wort „vertreten' eine andere Bedeutung nicht haben könne [136]). Er entnimmt daher dem § 276 BGB den Satz: Der Schuldner habe für jede schuldhafte Verletzung seiner Vertragspflicht einzustehen.

Die Theorie des Reichsgerichts und die Ansichten der Autoren, die ebenfalls aus § 276 BGB den Haftungsgrund herleiten, sind unhaltbar. Es geht nicht an, den § 276 BGB aus dem Zusammenhang des Gesetzes herauszureißen. Diese Vorschrift kann nur im Zusammenhang der §§ 276 ff. BGB verstanden werden. § 276 BGB will nichts weiter als eine Begriffsbestimmung für die zivilrechtliche Schuld geben. Es soll durch diese Bestimmung nur der an vielen Stellen des Gesetzes vorkommende Ausdruck „vertreten" erklärt werden, nicht aber bestimmt werden, w a n n der Schuldner zu haften habe [137]). Ueber den eigentlichen Inhalt der Vertretungspflicht ist in § 276 BGB nichts gesagt. Das Bürgerliche Gesetzbuch spricht an verschiedenn Stellen von „vertreten' und begründet trotzdem keine Schadensersatzpflicht. Solche Fälle sind §§ 338, 462, 487, 543, 645 u. a. BGB. Schon hieraus geht hervor, daß das BGB unter „vertreten" und „Schadensersatz leisten" etwas Anderes versteht. Das

---

[132]) Siber, Jher. Jb. Bd. 50, S. 194 ff.
[133]) RG 52/18; 53/200; 56/169; 62/121; 65/17; 66/12; 66/291; 68/194; 106/25.
[134]) RG 106/25; so auch RGRK § 325 Anm. 4.
[135]) Staudinger, Vorbem. C vor § 275, I, 4.
[136]) Aehnlich Crome, Bd. II, S. 65; Hueck, S. 91.
[137]) Enneccerus, § 50, II a; § 278, II, 1 a; Staub-Müller, S. 7.

Hauptargument gegen die Theorie ist aber den Vorschriften der §§ 280, 285, 286 BGB selbst zu entnehmen. Würde nämlich in § 276 BGB der Grundsatz ausgesprochen sein, daß ein Schuldner, wenn er vorsätzlich oder fahrlässig handele, stets Schadensersatz zu leisten habe, so würden die §§ 280 und 286 BGB unverständlich und überflüssig sein[138]). Was wäre der Sinn des § 280 BGB, der bestimmt: „Soweit die Leistung infolge eines vom Schuldner zu vertretenden Umstandes unmöglich wird, hat der Schuldner dem Gläubiger den durch die Nichterfüllung entstehenden Schaden zu ersetzen," wenn sich diese Verpflichtung bereits aus § 276 BGB ergäbe? Nicht anders ist es bei § 286 BGB, in dem erklärt wird, daß der Schuldner dem Gläubiger den durch den Verzug entstehenden Schaden zu ersetzen habe. Hiernach müßte sich die Schadensersatzpflicht des Schuldners bei Verzug allein aus § 285 BGB in Verbindung mit § 276 BGB ergeben, weil nach § 285 BGB der Schuldner in Verzug kommt, wenn die Leistung infolge eines von ihm zu v e r t r e t e n d e n Umstandes unterbleibt. § 286 BGB würde demnach überflüssig sein.

Die Theorie des § 276 BGB ist nur dann haltbar, wenn man annimmt, daß der Gesetzgeber an zwei entscheidenden Stellen des Gesetzes die Schadensersatzpflicht hat besonders hervorheben wollen. Eine derartige Interpretation ist zu gekünstelt und unwahrscheinlich. Wir kommen damit zu dem Schluß, daß in der Vorschrift des § 276 BGB nur die Aufstellung einer Regel darüber zu erblicken ist, welche Umstände dem Schuldner, sofern ihm durch anderweitige gesetzliche Vorschriften eine Haftung irgendwelcher Art auferlegt ist, zuzurechnen sind.

Die allein richtige Begründung gibt m. E. Enneccerus[139]). Er hat mittels Analogie der §§ 280 und 286 BGB den allgemeinen Grundsatz gefunden, daß das Gesetz den Schuldner für alle Schäden verantwortlich mache, die er durch vertragswidriges Verhalten dem Gläubiger zufüge[140]). Sowohl Verzug wie vertretbare Unmöglichkeit sind schuldhafte Vertragsverletzungen und auch die positive Vertragsverletzung ist die schuldhafte Verletzung einer Vertragspflicht. Hieraus läßt sich der Satz herleiten, daß, wenn Verzug und Unmöglichkeit auf Grund gesetzlicher Vorschriften eine Schadensersatzpflicht begründen, aus Gründen der Logik auch die positive Vertragsverletzung zum Schadensersatz verpflichten muß.

Die positive Vertragsverletzung verpflichtet somit den Schuldner aus analoger Anwendung der §§ 280 und 286 BGB zum Schadensersatz[141]).

---

[138]) Staub-Müller, S. 7; Kreplin, S. 33.

[139]) Enneccerus, I, 2 § 278, II, 1 b.

[140]) Aehnlich Stübing, S. 22; Oertmann, § 280 III γ'.

[141]) So auch Enneccerus, I, 2 § 278, II, 1 b; ähnlich Lehmann, Arch. ziv. Prax., Bd. 96, S. 65.

c) Positive Vertragsverletzung und Rücktrittsrecht.

Der Schadensersatzanspruch für positive Vertragsverletzungen auf Grund der analogen Anwendung der §§ 280, 286 BGB genügt bei gegenseitigen Verträgen keineswegs den Anforderungen des Verkehrs. Es gibt Fälle, in denen es dem vertragstreuen Teil nicht zugemutet werden kann, beim Vertrag stehen zu bleiben. Dieses Bedürfnis hat sich namentlich bei Sukzessivlieferungsverträgen gezeigt. Schließt nämlich ein Gastwirt mit einer Brauerei einen Sukzessivlieferungsvertrag ab, in dem er sich verpflichtet, auf 5 Jahre hinaus sein gesamtes Bier ausschließlich von dieser Brauerei zu beziehen, und liefert die Brauerei einen Monat hindurch trotz dauernder Beanstandungen schlechtes Bier, so muß sich der Gastwirt vom Vertrage lossagen können.

Literatur und Rechtsprechung sind sich über dieses Endergebnis einig. Streitig ist die Begründung des Rücktrittsrechts.

Sehr einfach ist die Lösung nach Goldmann-Lilienthal[142]), die in allen von Staub angeführten Fällen eine Unmöglichkeit der Leistung erblicken[143]).

Schon an früherer Stelle ist die Unhaltbarkeit der Unmöglichkeitstheorie nachgewiesen. Es erübrigt sich daher, jene Bedenken hier zu wiederholen. In folgerichtiger Durchführung ihrer Theorie leiten Goldmann-Lilienthal das Rücktrittsrecht — dem das Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung gleichsteht — direkt aus § 325 BGB her. Die Unrichtigkeit dieser Theorie zeigt folgender Fall: Ein Viehhändler hat in seinem Viehbestand kranke Tiere. Als ein Bauer von ihm 10 Stück Vieh bestellt, liefert er 10 kranke Tiere, um diese loszuwerden. Er hofft, daß der Bauer die Krankheit erst nach längerer Zeit bemerken und daher glauben werde, die Tiere seien erst bei ihm krank geworden. Bereits nach kurzer Zeit wird die Krankheit von dem Bauern bemerkt. Das gesunde Vieh des Bauern ist jedoch schon infiziert. Dieses Beispiel zeigt, daß die positive Vertragsverletzung keine schuldhaft bewirkte Leistungsunmöglichkeit ist, es sei denn, daß man mit Goldmann-Lilienthal eine „zeitweise Unmöglichkeit" annimmt. Doch dieser Begriff ist — wie wir schon früher gesehen haben — sehr bedenklich, weil dann die Vorschriften über den Verzug überflüssig wären.

Auch Dernburg[144]) will das Rücktrittsrecht aus ausdrücklichen Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches ableiten. Er ist der Ansicht, daß hinsichtlich der Haftbarkeit des Verkäufers wegen Mängel der Kaufsache in den §§ 459—480, 493 BGB sehr eingehende Regelungen getroffen seien. Dernburg verweist den Käufer aber nur

[142]) Goldmann-Lilienthal, S. 331.

[143]) Goldmann-Lilienthal, S. 331: „Hat z. B. die vom Verkäufer zu liefernde Sache einen Mangel, so ist die vertragsmäßige Leistung unmöglich." Im Ergebnis auch Schöller, Gruch. Bd. 46, S. 27 ff.

[144]) Dernburg, DJZ. 1903, S. 1 ff.

dann allein auf diese Vorschriften, wenn er die Ware „angenommen" hat. Hat dagegen der Käufer die Annahme der mangelhaften Sache abgelehnt, so sollen ihm die Rechte aus § 326 BGB zustehen. Dernburg argumentiert folgendermaßen [145]): Der Käufer könne das Angebot einer mangelhaften Ware ablehnen, weil ein solches Angebot nicht dem Vertrage entspräche. Durch die Ablehnung komme der Verkäufer in Verzug, vorausgesetzt, daß die übrigen Erfordernisse des Verzuges vorhanden seien. Die weitere Folge sei dann das dreifache Wahlrecht aus § 326 BGB.

Diese Lehre führt zu keinem befriedigenden Ergebnis. Dernburg übersieht die Fälle, in denen der Käufer erst nach der Annahme der Ware feststellen kann, ob die Ware mit einem Mangel behaftet ist, wie z. B. bei dem oben erwähnten Kaufvertrag über 10 Stück Vieh oder bei den Bierlieferungsverträgen. In diesen Fällen — und sie sind sehr zahlreich — kommt der Verkäufer nicht in Verzug, so daß nach der Ansicht von Dernburg der vertragstreue Käufer nur die Rechte aus den Vorschriften der §§ 459—480, 493 BGB geltend machen könnte. Das gesunde Rechtsempfinden verlangt jedoch, dem Käufer ein Rücktrittsrecht vom ganzen Vertrage zu gewähren.

Es kommt hinzu, daß die Lieferung einer mangelhaften Sache nur „eine" Art der positiven Vertragsverletzungen ist. Das erkennt auch Dernburg an. Für die übrigen Fälle der positiven Vertragsverletzungen will er deshalb den Rücktritt „aus wichtigem Grunde" zulassen. Er führt aus: Nach § 276 BGB sei der Schuldner verpflichtet, für Verschulden, das er zu vertreten habe, Schadensersatz zu leisten. Die Beseitigung dieses Schadens könne „auch sehr wohl durch den Rücktritt vom ganzen Vertrag" erfolgen, wenn der vertragstreue Gläubiger darauf bestehe [146]).

Die Konstruktion des Rücktrittsrechts ist auf diese Weise verfehlt, wenn man bedenkt, daß nach herrschender Meinung § 276 BGB eine Schadensersatzpflicht nicht begründet. Dann kann auch ein Rücktrittsrecht aus dieser Vorschrift nicht abgeleitet werden. Ferner ist zu beachten, daß Schadensersatz und Rücktritt zwei Rechtsinstitute sind, die sich grundsätzlich ausschließen [147]).

Staudinger [148]) leitet das Rücktrittsrecht direkt aus § 242 BGB ab. Er stellt bei der Begründung seiner Ansicht allgemeine Erwägungen über Sukzessivlieferungsverträge an, bei denen der Rücktritt wegen positiver Vertragsverletzungen von praktischer Bedeutung ist. Aus § 242 BGB leitet Staudinger den Satz her, daß die positive Vertragsverletzung eines gegenseitigen Vertrags dem vertragstreuen Teil ein Rücktrittsrecht gäbe, wenn die Vertragsverletzung mit Rücksicht auf die Natur des Vertrages und die besonderen Verhältnisse der Vertragsschließenden so wesentlich sei, daß dem vertragstreuen Teil nach den

[145]) Dernburg, DJZ. 1903, S. 4.
[146]) Dernburg, DJZ. 1903, S. 5.
[147]) Hammer, S. 19; Hueck, S. 95; Thies, S. 31.
[148]) Staudinger, § 325, I, 1 c β.

Umständen des Falles bei billiger Beurteilung die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden könne, wenn also der Vertragszweck erheblich gefährdet sei.

Der Argumentation Staudingers kann nicht gefolgt werden. In § 242 BGB heißt es: Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. § 242 BGB will also nur ausdrücken, in welcher Art die Leistung zu erfolgen hat, nicht aber, daß der vertragstreue Gläubiger, wenn der Schuldner die Leistung wider Treu und Glauben bewirkt, vom Vertrage zurücktreten kann. Es läßt sich auch kein allgemeiner Rechtsgrundsatz dieser Art aus § 242 BGB herleiten. Ein derartiger allgemeiner Rechtsgrundsatz ist vielmehr in den §§ 325 und 326 BGB enthalten, die dem vertragstreuen Teil bei verschuldeter Unmöglichkeit und bei Verzug ein Rücktrittsrecht geben.

In Wissenschaft und Rechtsprechung ist die Lehre Staubs zur Herrschaft gelangt. Staub [149]) begründet das Rücktrittsrecht und den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei positiven Vertragsverletzungen mit der analogen Anwendung des § 326 BGB. Er ist der Ansicht, daß diese Vorschrift einen allgemeinen Rechtsgrundsatz enthalte, der das Rücktrittsrecht auch für positive Vertragsverletzungen gewähre. Staub führt aus: Nach § 326 BGB habe der Gläubiger ein Wahlrecht zwischen Rücktritt und Schadensersatz wegen Nichterfüllung, wenn der Schuldner schuldhaft etwas unterlasse, was er tun solle. Hieraus rechtfertige es sich, analog ein solches Wahlrecht auch dann zu gewähren, wenn der Schuldner durch positives Tun seine Vertragspflicht verletze. Denn der Rechtsgedanke sei der gleiche, und auch die Interessen des Verkehrs erheischen die gleiche Regelung. Staub will allerdings die Rechte aus § 326 BGB nur den positiven Vertragsverletzungen zubilligen, durch welche wesentliche Vertragspflichten verletzt werden. „Wer positive Rechtsverletzungsakte vornehme, welche die Erreichung des Vertragszweckes gefährden, müsse es sich gefallen lassen, daß die Rechtsfolgen dieser Pflichtverletzungen ebenso beurteilt werden, wie die Pflichtverletzungen desjenigen, der durch sein negatives Verhalten, durch schuldhafte Verzögerung der geschuldeten Leistung, die Erreichung des Vertragszweckes gefährde."

Der zweite Zivilsenat des Reichsgerichts hat sich in seiner grundlegenden Entscheidung vom 6. Mai 1903 die Lehre Staubs zu eigen gemacht [150]). Das Reichsgericht legt seiner Entscheidung folgenden Gedankengang zugrunde: Die Vorschrift des § 326 BGB enthalte den Ausspruch eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes für schuldhafte Nichterfüllung gegenseitiger Verträge in der besonderen Anwendung auf den Verzug. Daß dieser Rechtsgrundsatz in § 326 BGB nicht in allgemeiner Form gefaßt sei, sei auf den Einfluß Mommsens zurückzuführen, der die Ansicht vertreten habe, daß alle positiven

[149]) Staub-Müller, S. 20/21.
[150]) RG 54/98 ff.

Rechtsverletzungsakte in den Rahmen der Unmöglichkeit der dem Schuldner obliegenden Leistung gebracht werden können. Es seien daher auf dem Wege der Analogie bei gegenseitigen Verträgen auch in den Fällen positiver Vertragsverletzungen des Gegners dem vertragstreuen Teil die im § 326 BGB ausgesprochenen Rechte dann zu gewähren, wenn durch jene Vertragsverletzungen die Erreichung des Vertragszweckes gefährdet werde [151]).

In neuester Zeit ist das Reichsgericht von der Theorie Staubs abgewichen. Bereits in seiner in Bd. 54 S. 286 enthaltenen Entscheidung machte das Reichsgericht eine Ausnahme und wendete § 325 BGB analog auf das Rücktrittsrecht bei positiver Vertragsverletzung an. In seinem letzten Urteil vom 10. XII. 1935 [152]) führt es ohne nähere Begründung aus, daß die positive Vertragsverletzung nach § 325 BGB dem Gläubiger ein Recht zum Rücktritt vom Vertrage gäbe [153]).

Die Rechtsprechung des Reichsgerichts muß als schwankend bezeichnet werden. Ohne ersichtlichen Grund wendet es in seinen Entscheidungen einmal § 326 BGB, das andere Mal § 325 BGB an. Nachdem das Reichsgericht in Bd. 149 S. 401 ff. aus § 325 BGB das Rücktrittsrecht herleitet, obwohl es früher diese Rechtsfolge nur aus § 326 BGB begründete, kann von einer feststehenden Rechtsprechung nicht mehr die Rede sein.

M. E. ist es richtiger, neben § 326 BGB die Vorschrift des § 325 BGB analog anzuwenden, weil beide Vorschriften auf dem entsprechenden Grundgedanken beruhen. Denn beiden Bestimmungen liegt der Gedanke zugrunde, daß der vertragstreue Teil wegen einer Vertragsverletzung der Vertragspflicht des anderen Teiles das Recht hat, Schadensersatz zu fordern oder den Rücktritt zu erklären [154]). Auch Enneccerus [155]) vertritt diese Meinung. Er argumentiert: Wenn Verzug und Unmöglichkeit die beiden gesetzlich geregelten Forderungsverletzungen enthalten, so müssen auch auf die positiven Vertragsverletzungen als den dritten Fall der Forderungsverletzungen die §§ 325, 326 BGB angewendet werden. Wenn auf Grund der §§ 325, 326 BGB der vertragstreue Teil wegen der Vertragsverletzung des Verpflichteten Schadensersatz fordern oder den Rücktritt erklären könne, so müsse dieselbe Folge auch bei der positiven Vertragsverletzung eintreten, da es sich bei ihr auch um eine Verletzung einer Vertragspflicht handele.

Einige Vertreter der Wissenschaft lehnen das Rücktrittsrecht überhaupt ab und gewähren statt dessen ein Recht fristloser Kündigung [156]).

---

[151]) RG 57/115; 63/297; 67/7; 93/286; 106/22; 109/54; OLG 2/439; 4/224; 6/50; Hueck, S. 100; Düringer-Hachenburg, Bd. IV, S. 325; RGRK § 325 Anm. 4; Staub Anh. zu § 374 Anm. 174, S. 863; Warneyer, § 326 Anm. XII.

[152]) RG 149/401 ff.

[153]) RG 149/404.

[154]) So auch Hammer, S. 21/22.

[155]) Enneccerus, § 55, III.

[156]) Brodmann, in Ehrenbergs Hdb. d. ges. Handelsrechts. Bd. IV, 2 S. 324 ff.; v. Gierke in Jher. Jb. Bd. 64, S. 390 ff.; Müller-Erzbach, DJZ. 1904, S. 1158.

Für diese Lehre sind der Sukzessivlieferungsvertrag und ähnliche Dauerverträge die Hauptanwendungsfälle. Die Begründung dieser Theorie ist folgende: Die Besonderheit der Sukzessivlieferungsverträge und ähnlicher Dauerverträge bestehe darin, daß sie feste dauernde Rechtsverhältnisse hervorrufen und daher mit den Miet-, Pacht- und Dienstverträgen auf eine Stufe zu stellen seien. Da das Gesetz bei diesen Dauerverträgen ein Kündigungsrecht gewähre, so müsse dieses Recht auf Grund analoger Anwendung auch dem Sukzessivlieferungsvertrag und ähnlichen Dauergeschäften zugebilligt werden. Das Auflösungsrecht beim Sukzessivlieferungsvertrag sei auch, streng juristisch betrachtet, ein Kündigungsrecht, weil es im Gegensatz zum Rücktritt nur in die Zukunft wirke [157]).

Gegen diese Ausführungen erheben sich folgende Bedenken: In vielen Fällen von positiven Vertragsverletzungen ist dem vertragstreuen Teil mit einem Kündigungsrecht nicht gedient, weil dieses nur in die Zukunft wirkt. Hat z. B. ein Gastwirt aus schlechten Lieferungen Vorräte an schlechtem Bier lagern, so muß er sein Rücktrittsrecht auch hinsichtlich dieser früheren Lieferungen geltend machen können. Mit Hilfe des Kündigungsrechts würde das nicht möglich sein [158]). Diese Theorie verkennt auch das Wesen des Sukzessivlieferungsvertrages. Sukzessivlieferungsverträge sind nun einmal keine Dauergeschäfte. So wirkt beim Sukzessivlieferungsvertrag der Vertrag auf die Zeit zwischen den Lieferungen nicht ein, während bei den Dauerverträgen ein Rechtsverhältnis begründet wird, das für eine gewisse Zeit einen Zustand schafft [159]). Nur bei diesen Verträgen gibt das Gesetz ein Kündigungsrecht.

Schließlich ist gegen diese Theorie einzuwenden, daß die Lehre von der positiven Vertragsverletzung nicht nur auf Sukzessivlieferungsverträge und ähnliche Verträge, sondern auch auf alle übrigen anzuwenden ist. Bei diesen würde aber die Analogie des Kündigungsrechts geradezu unsinnig sein [160]). Diese Einwände besitzen genug Ueberzeugungskraft, um die Theorie des Kündigungsrechts abzulehnen.

Abschließend läßt sich die Frage nach den Rechtsfolgen der positiven Vertragsverletzung bei gegenseitigen Verträgen dahin beantworten: Beim Vorliegen einer positiven Vertragsverletzung hat der vertragstreue Teil das Recht:

1. Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen oder,
2. wenn der Vertragszweck erheblich gefährdet ist, den Rücktritt vom Vertrage zu erklären.

---

[157]) Staub-Müller, S. 54.
[158]) Staub-Müller, S. 55; Lesser, S. 63.
[159]) Lesser, S. 63; Steiner, S. 73.
[160]) Staub-Müller, S. 55.

d) Das Verhältnis von Unmöglichkeit und Verzug zur positiven Vertragsverletzung.

Aus den Ausführungen über Unmöglichkeit, Verzug und positive Vertragsverletzung geht hervor, daß es nicht möglich ist, abstrakt die Grenze zwischen Unmöglichkeit bzw. Verzug einerseits und der positiven Vertragsverletzung andererseits zu ziehen. Denn es gibt Fälle, in denen sich positive Vertragsverletzung mit Unmöglichkeit, bzw. Verzug decken.

Bei der Konkurrenz der Begriffe schließen Unmöglichkeit und Verzug die positive Vertragsverletzung in der Regel aus. Im konkreten Fall muß festgestellt werden, was vorliegt[161]). Der Begriff der positiven Vertragsverletzung ist dann abzulehnen, wenn der spezielle Tatbestand der Unmöglichkeit bzw. des Verzuges gegeben ist.

§ 3. Der Verzug beim Sukzessivlieferungsvertrag.

1. *Die Wirkungen des Verzuges auf die einzelne Rate.*

Es muß vorausgeschickt werden, daß im Prinzip der vertragstreue Teil seine Rechte überhaupt auf „eine" Rate geltend machen kann, ohne den ganzen Vertrag in Mitleidenschaft zu ziehen. Das ist unbedingt anzunehmen. Auch in der Literatur sind hierüber keinerlei Zweifel aufgetaucht[162]). Es kann dem Käufer nicht zugemutet werden, zu warten, ob bezüglich aller Raten Verzug eintreten wird. Vielleicht bleibt der Verzug nur auf eine einzige Rate beschränkt. Es ist deshalb unbedingt notwendig, dem Käufer die Befugnis zu geben, seine Rechte schon für die im Verzug befindliche Rate geltend zu machen, eine Befugnis, die sich durch die Eigenart der Rate von selbst ergibt.

Hinsichtlich der Rechtsfolgen, die der Verzug einer einzelnen Rate für diese selbst hat, besteht in Theorie und Praxis keine Meinungsverschiedenheit, weil die Rate „Erfüllungsakt" ist. Kommt der Schuldner mit einer Rate in Verzug, so ist dieselbe Rechtslage geschaffen, als wenn er mit einer einheitlich zu bewirkenden Leistung in Verzug geraten wäre. Dem Gläubiger sind demgemäß uneingeschränkt die Rechte aus § 326 BGB hinsichtlich der einzelnen Rate zu gewähren[163]).

Es kann hierbei der Umstand Bedenken erregen, daß es im § 326 Abs. I Satz 2 BGB heißt: „vom Vertrage zurücktreten". Würde man hier § 326 BGB auf den Sukzessivlieferungsvertrag wörtlich an-

[161]) Müller, Gruch. Bd. 50, S. 535.

[162]) Makower, S. 1132, XV, c, 2 Vorbem. zu §§ 375, 376 HGB.; Staub, Anh. § 374, Anm. 126 ff.; RG in DJZ 1907, Sp. 366.

[163]) Staub, Anh. § 374, Anm. 143, S. 847; ebenso die Ausführungen von Düringer-Hachenburg in Bd. IV, Anm. 389, S. 333.

wenden, so müßte man folgern: „Wenn der Verkäufer mit einer Rate in Verzug gerät, so kann der Käufer vom ganzen Vertrage zurücktreten." Dann blieben dem nichtsäumigen Käufer nur zwei Wege: Entweder er tritt nicht zurück, oder er tritt vom ganzen Vertrage zurück. Denn hinsichtlich der einzelnen Lieferungsrate kann er nach dem Wortlaut des § 326 Abs. I Satz 2 BGB nicht zurücktreten, da ein Vertrag über eine Rate allein nicht abgeschlossen ist, vielmehr ein einheitlicher Vertrag über die Lieferung mehrerer Raten besteht.

Dieses Ergebnis kann wirtschaftlich nicht befriedigen und ist vom Gesetzgeber auch nicht gewollt. Mit Rücksicht auf die Eigenart des Sukzessivlieferungsvertrages, im besonderen auf die Selbständigkeit der einzelnen Lieferungsrate, muß dem nichtsäumigen Käufer gestattet sein, bei Verzug des Verkäufers mit einer Rate den Rücktritt vom Vertrage nur hinsichtlich dieser einen Rate zu erklären[104]). Damit wird in § 326 BGB nicht etwas anderes hineingelegt, als darin schon steht, sondern nur einer Forderung der Billigkeit und Gerechtigkeit entsprochen, wie sie durch die eigentümliche Beschaffenheit des Sukzessivlieferungsvertrages bedingt ist.

Das Rücktrittsrecht aus § 326 BGB hat der Gläubiger nicht ohne weiteres auf Grund des Verzugs seines Schuldners, sondern nur unter zwei alternativen Voraussetzungen. Es muß eine von dem Gläubiger unter Androhung der Ablehnung der Leistung gesetzte angemessene Nachfrist fruchtlos abgelaufen sein, oder eine solche muß aus besonderen Gründen entbehrlich sein. Die erste Alternative ist rechtlich uninteressant, da hier irgendwelche Schwierigkeiten nicht auftreten können. Bei der zweiten Alternative ist dagegen von Interesse, welches die Gründe sind, die eine Nachfrist entbehrlich machen. Der Hauptfall ist der, daß die Erfüllung des Vertrages infolge des Verzuges für den vertragstreuen Teil kein Interesse mehr hat. Zwischen dem Verzug des Schuldners und dem Wegfall des Interesses des Gläubigers muß ursächlicher Zusammenhang bestehen. In diesen Fällen kann der Gläubiger auf Grund des Verzugs seines Schuldners, ohne daß er eine Nachfrist zu setzen braucht, sofort statt der Erfüllung Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder vom Vertrage zurücktreten. Die Entbehrlichkeit der Nachfrist beruht hier letzten Endes auf § 242 BGB. Bei Verzug des Schuldners mit einer Rate wird in der Mehrzahl der Fälle der Gläubiger gemäß § 326 Abs. II BGB den Rücktritt ohne Fristsetzung erklären dürfen. Ist z. B. eine Brauerei mit einer Rate in Verzug gekommen, so wird man dem Gastwirt eine Annahme des Bieres nur einige Tage nach dem Fälligkeitstermin zumuten können. Denn der Gastwirt muß sich ja nach einigen Tagen mit Bier eindecken, da er sonst seinen Betrieb einstellen müßte. Nur innerhalb dieser Zeit kann der Gastwirt die Leistung brauchen, und nur dann ist diese für ihn von Interesse.

[104]) Müller, Gruch. Bd. 50, S. 517.

Ist diese Zeit verstrichen, so ist auch das Interesse fortgefallen, weil der Gastwirt infolge des Verzuges der Brauerei einen Deckungskauf vornehmen muß [165]).

2. Die Wirkungen des Verzuges der Einzelrate auf die übrigen Raten.

Ob der Gläubiger bei Verzug des Schuldners mit einer Einzelrate hinsichtlich der noch ausstehenden oder auch hinsichtlich der schon gelieferten Raten vom Vertrage zurücktreten kann, ist in Wissenschaft und Praxis sehr bestritten.

Alle Ansichten haben das eine gemeinsam, daß sie den Verzug mit einer Rate Wirkungen hervorrufen lassen, die über den Rahmen der einzelnen Rate hinausgehen, sei es nun auf den bereits erfüllten oder den noch zu erfüllenden Teil des Vertrages. Im allgemeinen stehen sich zwei Gruppen gegenüber. Auf der einen Seite will man die vom Gesetz beim Verzuge gewährten Rechte ohne weiteres auf die noch ausstehenden Raten ausdehnen, weiterhin auch auf die schon gelieferten, auf diese aber nur bei dem Nachweis, daß die Erfüllung des Vertrages jetzt o h n e I n t e r e s s e für den vertragstreuen Teil sei. Auf der anderen Seite verlangt man diesen Nachweis des Fehlens des Interesses auch schon für den Fall, daß die Wirkungen sich nur auf den noch a u s s t e h e n d e n Teil des Vertrages erstrecken sollen.

Das Reichsgericht hat ganz allgemein den Satz aufgestellt, es gelte als feststehende Rechtsprechung, daß bei einem einheitlichen Vertrage mit ratenweiser Lieferung der Verzug mit einer Rate zum Rücktritt bezüglich aller weiteren Raten berechtige [166]). In einer Entscheidung [167]) hat das Reichsgericht selbst an der Richtigkeit dieses Satzes gezweifelt. Später hat der 2. Zivilsenat des Reichsgerichts in seinem Urteil vom 14. Juli 1904 [168]) eine besondere eingehende Begründung für seine Ansicht gegeben. Hier heißt es: „Unter der Herrschaft der Art. 354—356 und 359 a. HGB war es in der Rechtsprechung des Reichsoberhandelsgerichts wie auch des Reichsgerichts feststehender Grundsatz, daß bei Zahlungs- oder Lieferungsverzug hinsichtlich einer Rate der Gläubiger stets das Recht habe, den Verzug als gänzliche Nichterfüllung des Vertrages zu behandeln und nach seiner Wahl vom Vertrage, soweit er noch nicht erfüllt war, abzugehen oder Schadensersatz wegen der sämtlichen noch ausstehenden Raten zu verlangen“ [169]). Für unser geltendes Recht folgert das Reichsgericht aus

---

[165]) RG in Seuff. Arch. Bd. 60, S. 190; RG 96/341; 104/375 ff.
[166]) RG 39/58; 58/419 ff.; 61/130; 65/49; 97/136/37; 104/41.
[167]) RG 17/59 ff.
[168]) RG 58/420.
[169]) Vgl. hierzu ROHG Bd. 2/84; 9/19; 13/104; 16/192/202; RG 39/58; RG in JW 1896, Nr. 38, S. 153.

diesen Erwägungen: „Der § 326 BGB zwinge nicht, von der bisherigen praktisch bewährten Rechtsprechung abzugehen“ [170]). In einer anderen Entscheidung [171]) wird dies gefundene Ergebnis bestätigt. Hier heißt es: „Nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts unterliege es keinem Zweifel, daß der Käufer gegenüber dem säumigen Verkäufer sein Wahlrecht wegen aller ausstehenden Lieferungen ausüben könne.“

Von diesem Gesichtspunkt werden sämtliche Ausführungen, die das Reichsgericht in seinen Entscheidungen gibt, getragen. Nach der Ansicht des Reichsgerichts besteht eben eine langjährige Rechtsprechung, daher ist kein Hindernis vorhanden, den § 326 Abs. I Satz 1 und Satz 2 BGB anzuwenden, der gerade das bestätigt, was bisher die Rechtsprechung anerkannt hat.

Diese Ausführungen des Reichsgerichts sind nicht zwingend. Es ist zwar richtig, daß das Reichsoberhandelsgericht die Art. 354 ff. in Verbindung mit Art. 359 des a. HGB im Sinne der heutigen Rechtsprechung des Reichsgerichts ausgelegt hat.

Der grundlegenden Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichts vom 7. März 1871 [172]) lag folgender Sachverhalt zugrunde: Ein Milchhändler hatte mit mehreren Besitzern der Domäne G einen Milchlieferungsvertrag abgeschlossen, wonach er täglich Milchlieferungen erhielt. Er war verpflichtet, die in dem einen Monat erhaltene Milch im Laufe des folgenden Monats zu bezahlen. Die Milch für den Monat Juli bezahlte er nicht, weshalb die Lieferanten Anfang September vom Vertrag zurücktraten. Das Reichsoberhandelsgericht hält den Rücktritt für rechtswirksam, weil Art. 354 in Verbindung mit Art. 359 a. HGB das Prinzip enthalte, daß bei Verkäufen und Lieferungen der Verzug des Käufers mit der Zahlung den Verkäufer zum Rücktritt vom Vertrage berechtige, wenn der Verkäufer nicht bereits erfüllt habe. Da mit der Erfüllung des Vertrages erst der Anfang gemacht sei, so sei der Verkäufer gemäß Art. 359 a. HGB berechtigt, mindestens hinsichtlich der durch den Zahlungsverzug betroffenen Raten vom Vertrage zurückzutreten [173]).

Die Berufung des Reichsgerichts auf die Rechtsprechung des Reichsoberhandelsgerichts kann nicht als ausreichende Stütze für unser heutiges Recht erachtet werden. Wenn auch die Rechtsprechung des Reichsoberhandelsgerichts sich in früherer Zeit bewährt hat — obwohl es schon damals bestritten war —, so folgt hieraus nicht, daß diese Rechtsprechung auch noch dem heutigen Recht und seinen Bedürfnissen entspricht. Es geht nicht an, daß das Reichsgericht sich darauf beruft, daß für die frühere Rechtsprechung zwar anderes Recht maßgebend gewesen sei, diese Rechtsprechung aber auch für das heutige Recht gelten müsse, weil es im Bürgerlichen Gesetzbuch keine

[170]) RG 58/421.
[171]) RG 61/130 ff.
[172]) ROHG 2/84 ff.
[173]) So auch ROHG 9/59 u. 119; 13/102 u. 331; 16/190 u. 200.

Bestimmung gäbe, die zu einer anderen Rechtsprechung zwinge. Das Reichsgericht hätte für die Richtigkeit seiner Ansicht, daß § 326 Abs. I Satz 1 und 2 BGB auch für Sukzessivlieferungsverträge gelte, den Beweis erbringen müssen, oder es hätte die Notwendigkeit einsehen müssen, seinen Entscheidungen andere Begründungen zu geben. Beides hat das Reichsgericht nicht getan. Es betont nur immer wieder, daß kein Grund vorhanden sei, von der bisherigen Rechtsprechung abzugehen.

Schließlich ist die Auffassung unhaltbar, daß § 326 Abs. I Satz 3 BGB nur Anwendung finde, wenn n a c h der Fristsetzung teilweise geleistet wird, nicht aber, wenn schon v o r h e r teilweise geleistet ist, nachher aber nichts mehr geleistet wird. Mag das „wird" darauf hinweisen, daß der Gesetzgeber wirklich nur an das teilweise Leisten nach der Fristsetzung gedacht hat. Es liegt jedenfalls kein Grund vor, den nach der Fristsetzung leistenden Schuldner besser zu stellen als denjenigen, der vor der Fristsetzung nicht weniger geleistet hat. Die Begründung der Entscheidung in Bd. 58 S. 419 muß nach alledem als verfehlt angesehen werden. Bei dem maßgebenden Einfluß des Reichsgerichts auf die gesamte Praxis muß man fordern, daß das Reichsgericht in einer so fundamentalen Lehre, wie es der Verzug beim Sukzessivlieferungsvertrag ist, nicht länger bei seinen allgemeinen Sätzen mit ihrer zweifelhaften Stellung im System des BGB bleibt.

Die Rechtsprechung des Reichsgerichts wird am eingehendsten von Müller [174]) verteidigt und zu begründen versucht. Müller knüpft auch an den Schuldnerverzug mit einer Rate seitens des einen Vertragsteiles die Wirkung, daß der andere Teil nicht nur bezüglich dieser Rate die Rechte aus dem Verzuge geltend machen könne, sondern auch darüber hinaus auf den übrigen Teil des Vertrages. Müller versucht seine Ansicht mit der Entstehungsgeschichte des Bürgerlichen Gesetzbuches zu begründen [175]). Er ist der Ansicht, daß § 326 BGB aus den Art. 354, 355 a. HGB herausgewachsen sei, die eine vollgültige Regelung für den Verzug bei Sukzessivlieferungsgeschäften dargestellt hätten.

Seine hierfür angeführten Beweise vermögen jedoch nicht zu überzeugen. Es läßt sich nicht feststellen, daß § 326 Abs. I Satz 1 und Satz 2 BGB wirklich aus diesen Artikeln hervorgegangen sind. Der von Müller angeführte Satz [176]): „In § 326 BGB sei die in Art. 354, 355 a. HGB angebahnte Materie fortgebildet", ist nicht schlüssig. Vor allem spricht dagegen, daß § 326 Abs. I Satz 3 BGB als Ersatz des Art. 359 a. HGB besonders erwähnt wird. Hätte der Gesetzgeber im § 326 BGB den Haupterfolg der Art. 354, 355 a. HGB erblickt, so hätte er hinsichtlich des schon damals bestehenden Streites [177]) es sicher-

[174]) Müller, Gruch. Bd. 50, S. 516 ff.
[175]) Müller, Gruch. Bd. 50, S. 519 ff.
[176]) Müller, Gruch. Bd. 50, S. 522.
[177]) Siehe hierzu Dreyer, Gruch. Bd. 37, S. 199 ff.

lich nicht unterlassen, wenigstens im Entwurf auf die Anwendbarkeit dieser Bestimmungen bei Sukzessivlieferungsverträgen hinzuweisen. Das ist aber nicht geschehen. Es kann daher gerade aus dem Schweigen des Gesetzgebers geschlossen werden, daß es nicht in seiner Absicht lag, eine Materie, die im BGB nicht geregelt ist, aus dem alten Handelsgesetzbuch zu entnehmen, denn das BGB hat das Privatrecht von Grund auf neu geregelt, und oft sind andere Gesichtspunkte hierfür maßgebend gewesen.

Es ist daher der Ansicht von Müller nicht beizupflichten, daß § 326 BGB der Nachfolger der Art. 354, 355 a. HGB, besonders hinsichtlich der Sukzessivlieferungsverträge sei.

Müller zieht aus seiner Beweisführung folgenden Schluß: „Auch das Bürgerliche Gesetzbuch unterscheide wegen der Wirkungen des Schuldnerverzuges in bezug auf den nichterfüllten Vertrag nicht zwischen Verzug mit der ganzen Vertragsleistung und Verzug mit deren fälligem Teile; an beiden Abstufungen im Umfange des Verzuges seien in bezug auf den nichterfüllten Teil des Vertrages die Rechte aus Satz 1 und 2 des § 326 Abs. I BGB schlechthin geknüpft“ [178]).

Dadurch daß Müller seine Ansicht folgerichtig durchführt, kommt er zu dem Ergebnis, daß es dem Nichtsäumigen freistehe, sein Recht auch für den nichtfälligen Teil des Vertrages auszuüben, ohne sein besonderes Interesse nachweisen zu müssen.

Auch diese Folgerung Müllers muß wegen der oben angeführten Einwände abgelehnt werden.

Ebenso vertritt Staub [179]) die Ansicht des Reichsgerichts. Er stellt für seine Meinung aber keine näheren Untersuchungen an, gibt auch keine eigene Begründung, sondern beruft sich in der Hauptsache auf die Rechtsprechung des Reichsoberhandelsgerichts und des Reichsgerichts. Staub führt aus, daß der Verkäufer bei Fälligkeit einer Rate zunächst nur mit dieser in Verzug komme. Infolge der Einheitlichkeit des Geschäfts könne dann der Käufer aus dem Verzug mit der ersten Rate sofort gemäß § 326 BGB vorgehen, und zwar für den ganzen Abschluß [180]). Staub folgert dann weiter, daß es beim Rücktritt vom Sukzessivlieferungsvertrage keines Nachweises bedürfe, daß die Teilerfüllung für den Käufer kein Interesse mehr habe [181]).

Aus diesen Ausführungen Staubs geht hervor, daß er ohne eigene Begründung der Rechtsprechung des Reichsoberhandelsgerichts und des Reichsgerichts folgt. Auch seine Ansicht ist daher abzulehnen.

Gegenüber der Rechtsprechung des Reichsgerichts und der Vertreter der Wissenschaft, die diese Ansicht teilen und verteidigen, behauptet die Mehrheit der Wissenschaftler, daß der Schuldnerverzug mit einer Rate im § 326 Abs. I Satz 3 BGB geregelt sei. In dieser Vorschrift werde auf § 325 Abs. I Satz 2 BGB verwiesen, der dem Gläubiger bei teilweiser Unmöglichkeit das Recht gebe, den Rücktritt zu

[178]) Müller, Gruch. Bd. 50, S. 522/523.
[179]) Staub, Anh. zu § 374, Anm. 136, S. 842.
[180]) Staub, Anh. zu § 374, Anm. 136, S. 843.
[181]) Staub, Anh. § 374, Anm. 140, S. 846.

erklären, wenn die teilweise Erfüllung des Vertrages für ihn kein Interesse habe. Nach dieser Ansicht wird also, wenn die Wirkungen des Verzuges sich auf den noch ausstehenden Teil des Vertrages erstrecken sollen, der Nachweis verlangt, daß der Gläubiger an der teilweisen Erfüllung kein Interesse hat.

Düringer-Hachenburg [182]) vertreten die Meinung, daß der Verzug mit der einzelnen Teilleistung infolge der Selbständigkeit der einzelnen Rate nur Wirkungen hinsichtlich dieser Rate auslöse. Sie stellen damit den Grundsatz auf, daß der Partialverzug nur Partialverzugsfolgen erzeuge. Denn die im § 326 Abs. I BGB geregelten Wirkungen könnten nur eintreten, wenn tatsächlich Verzug vorläge. Für diesen sei eine fällige Leistung Voraussetzung. Da nun beim Sukzessivlieferungsvertrag der Verzug nur für die einzelne fällige Rate eintrete, so könne hierdurch nicht Verzug mit den noch nicht fälligen Teilleistungen herbeigeführt werden [183]). Von diesem Grundsatz gibt es nach der Ansicht von Düringer-Hachenburg nur eine Ausnahme: „Ist die Teilleistung, sei es die erste, sei es eine folgende, für den Käufer von solcher Wichtigkeit, daß infolge des Verzuges des Verkäufers mit der Teilleistung entweder die Erfüllung hinsichtlich des ganzen Vertrages oder seine Erfüllung hinsichtlich der noch ausstehenden Raten für ihn kein Interesse mehr hat, so kann er im ersteren Falle vom Vertrage ganz zurücktreten oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern, im letzten Falle hinsichtlich der noch ausstehenden Raten vom Vertrage zurücktreten oder hinsichtlich ihrer Schadensersatz verlangen [184]).

Diese Ausnahme soll sich aus § 326 Abs. I Satz 3, § 325 Abs. I Satz 2, § 280 Abs. II BGB ergeben, und zwar sowohl hinsichtlich des ganzen Vertrages als auch nur hinsichtlich der noch ausstehenden Raten. Wörtlich behandelt aber § 326 Abs. I Satz 3 BGB die Folgen teilweiser Erfüllung bei Verzug mit einer einmaligen Leistung nach Fristsetzung, da diese Vorschrift dem Nichtsäumigen das Recht gibt, nicht nur von dem in Verzug befindlichen Teil des Vertrages, sondern auch von dem ganzen Vertrag zurücktreten, wenn an der teilweisen Vertragserfüllung kein Interesse besteht. Düringer-Hachenburg dehnen diese Vorschrift dahin aus, daß die „teilweise Erfüllung" des § 326 Abs. I Satz 3 BGB neben dem bereits vollzogenen Teil der Leistung auch den noch zu bewirkenden Teil der Leistung umfasse.

Dieser Theorie folgt im allgemeinen Makower [185]). Er bestreitet aber die Möglichkeit, nur hinsichtlich der noch ausstehenden Raten vom Vertrage zurücktreten zu können. Er hebt hervor, daß nur die Rechte bezüglich der einzelnen oder aller geleisteten oder nicht geleisteten Raten geltend gemacht werden können. In dieser Hinsicht steht er im Gegensatz zu den Anhängern beider Theorien.

[182]) Düringer-Hachenburg, Bd. IV, Anm. 391, S. 334, bes. Anm. 393, S. 336.
[183]) Düringer-Hachenburg, Bd. IV, Anm. 391, S. 334.
[184]) Düringer-Hachenburg, Bd. IV, Anm. 393, S. 336.
[185]) Makower, S. 1133, Anm. XV c 3.

Gegenüber Makower will Düringer-Hachenburg, um den Bedürfnissen des Verkehrs gerecht zu werden, in §§ 325, 326 Abs. I Satz 3 BGB das Gesetz ausdehnend interpretieren und statt: „wenn die teilweise Erfüllung des Vertrages für ihn kein Interesse hat", „insoweit . . . kein Interesse hat", setzen [186]).

Ein weiterer Vertreter dieser Theorie ist Jacobi [187]). Er geht bei der Behandlung der Hauptfrage davon aus, daß nach § 326 Abs. I BGB für den Fall des teilweisen Schuldnerverzuges die Vorschriften über die teilweise Unmöglichkeit Anwendung finden sollen [188]). Für ihn ist im Gesetz hierdurch der teilweise Schuldnerverzug der teilweisen Unmöglichkeit gleichgestellt. Er will gegenüber der mechanischen Interpretation des Reichsgerichts [189]) § 326 Abs. I Satz 3 BGB sowohl dann anwenden, wenn die Teilleistung vor der Fristbestimmung als auch dann, wenn sie innerhalb der Frist bewirkt wird. Zu diesem Ergebnis kommt er mit Hilfe der Analogie [190]).

Auch Hachenburg [191]) ist der Ansicht, daß § 326 Abs. I Satz 3 BGB bei Verzug mit einer Teilleistung anzuwenden sei. Er weist darauf hin, daß das BGB keine direkte und ausdrückliche Regel für die Verzugsfolgen beim Sukzessivlieferungsvertrage ausspreche [192]), und leitet seine Meinung aus wirtschaftlichen Gesichtspunkten ab. Durch Anführung von Beispielen zeigt er, daß es der Verkehrsauffassung und dem Rechtsempfinden entspricht, daß man den Rücktritt vom ganzen Vertrage gewährt, „wenn die Erfüllung der künftig fällig werdenden Raten für ihn — den Gläubiger — kein Interesse hat".

Außer diesen Theorien muß noch eine andere Meinung erörtert werden, die diese umstrittene Frage aus einem ganz anderen Gesichtspunkt betrachtet. Vertreter dieser Ansicht sind Müller - Erzbach und Gekeler [193]).

Müller-Erzbach versucht zu beweisen, daß bei Sukzessivlieferungsverträgen niemals ein Rücktritt in Frage kommen könne, sondern nur ein Kündigungsrecht [194]). Er kommt zu diesem Ergebnis, weil nach seiner Ansicht der Sukzessivlieferungsvertrag ein Dauervertrag ist, wie z. B. der Dienstvertrag oder Gesellschaftsvertrag. Diese Verträge tragen den Keim vorzeitiger Lösung in sich. Müller-Erzbach folgert nun — von der oben geschilderten Ansicht ausgehend —, daß im BGB für den Sukzessivlieferungsvertrag eine Lücke bestehe. Diese Lücke will er durch die Kündigung ausfüllen.

Wir haben diese Theorie bereits beim Problem des Rücktrittsrechtes bei positiven Vertragsverletzungen eingehend gewürdigt. Es

[186]) Düringer-Hachenburg, Bd. IV, Anm. 395, S. 337.
[187]) Jacobi, Gruch. Bd. 50, S. 332 ff.
[188]) Jacobi, Gruch, Bd. 50, S. 332/33.
[189]) Siehe RG 58/421.
[190]) Jacobi, Gruch. Bd. 50, S. 335.
[191]) Hachenburg, LZ 1909, Sp. 9 ff.
[192]) Hachenburg, LZ 1909, Sp. 17.
[193]) Müller-Erzbach, DJZ 1904, Sp. 1158 ff.; Gekeler, S. 46 ff.
[194]) Müller-Erzbach, DJZ 1904, Sp. 1163.

kann nur wiederholt werden, daß der Sukzessivlieferungsvertrag kein Dauergeschäft ist und daß man deshalb auch die Kündigung, die für die Dauerverträge in besonderen gesetzlichen Bestimmungen enthalten ist, nicht auf den Sukzessivlieferungsvertrag anwenden kann.

Die Vertreter dieser Theorie halten es ferner für unrichtig, von einem Rücktrittsrecht vom Sukzessivlieferungsvertrag zu sprechen, da gemäß § 346 BGB die Geltendmachung des Rücktritts das zwischen den Parteien bestehende Vertragsverhältnis von Grund auf auflöse und gleichzeitig ein gesetzliches Schuldverhältnis schaffe. Nach diesem wirke aber die Geltendmachung des Rücktrittsrechtes nicht nur für die Zukunft, sondern auch für die Vergangenheit.

Die Vertreter dieser Theorie übersehen, daß ihrer Ansicht die §§ 325, 326 BGB entgegenstehen. Aus ihnen geht hervor, daß das BGB bei teilweiser Unmöglichkeit bzw. bei teilweisem Verzuge ein teilweises Rücktrittsrecht kennt. Im übrigen führt auch diese Theorie zu dem gleichen Ergebnis, wie die von Düringer-Hachenburg und den Schriftstellern, die bei Ratenverzug für den Rücktritt vom Sukzessivlieferungsvertrag den Wegfall des Interesses fordern.

Im Ergebnis ist diesen Theorien zuzustimmen. Die richtige Begründung für das Rücktrittsrecht beim Ratenverzug gibt m. E. die Theorie von Düringer-Hachenburg. Düringer-Hachenburg sind durchaus im Recht, wenn sie behaupten, daß der Verzug der Einzelrate wegen der Selbständigkeit der Rate grundsätzlich nur hinsichtlich dieser Verzugsfolgen bewirke. Es zeigt sich hier die Eigenart der Doppelnatur der Rate. Weil sie einerseits „Erfüllungsakt" ist, kann grundsätzlich nur sie vom Verzuge betroffen werden. Es geht daher nicht an, daß der Verzug einer Rate ohne weiteres die noch nicht fälligen Raten in Mitleidenschaft zieht. Denn es ist daran festzuhalten, daß Voraussetzung des Verzuges die Fälligkeit der Leistung ist. Die erst in der Zukunft zu liefernden Raten sind aber noch nicht fällig. Auf der anderen Seite tritt die Einheitlichkeit des Vertrages gegenüber der Selbständigkeit der Einzelrate in den Vordergrund. Soll wegen des Verzuges des Schuldners mit einer Rate dem Gläubiger das Rücktrittsrecht auch für die nichtfälligen Raten gewährt werden, so muß der Vertrag als Ganzes betrachtet werden. In diesem Falle ist die Rate nur Teilleistung des einheitlichen Vertrages. Es liegt somit bei Verzug mit einer Rate hinsichtlich ihrer Totalverzug[195]), hinsichtlich des ganzen Sukzessivlieferungsvertrages Partialverzug vor. Der Partialverzug hat aber in § 326 Abs. I Satz 3 BGB seine Regelung gefunden.

In diesem Zusammenhang ist § 36 Abs. II der Vergleichsordnung vom 26. II. 1935 (RGBl. I S. 321, Ber. S. 356) heranzuziehen, in dem m. E. dieselben Gedanken zum Ausdruck gebracht werden. In dieser Vorschrift haben der Sukzessivlieferungsvertrag und die ihm ähnlichen Verträge ihre gesetzliche Regelung im Vergleichsverfahren gefunden. § 36 Abs. II Satz 1 Vergl.O. lautet: „Sind die geschuldeten

[195]) Hammer, S. 41.

Leistungen teilbar und hat der Gläubiger die ihm obliegende Leistung zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens bereits teilweise erbracht, so ist er mit dem der Teilleistung entsprechenden Betrage seiner Forderung für die Gegenleistung Vergleichsgläubiger." Der Gesetzgeber spricht danach von der Einzelrate als von einer teilbaren Leistung. Er stellt fest, daß bei Lieferung einer oder mehrerer Raten der Sukzessivlieferungsvertrag nur teilweise erfüllt ist. Das bedeutet nun nicht, daß der Gesetzgeber der Rate die Selbständigkeit absprechen will. Im Gegenteil, die Selbständigkeit der Einzelrate kommt darin zum Ausdruck, daß der Gläubiger mit dem der Teilleistung entsprechenden Betrage seiner Forderung auf die Gegenleistung Vergleichsgläubiger ist. Nach § 36 Abs. II Vergl.O. erstreckt sich das Vergleichsverfahren nur auf die gelieferten Raten. Auch der Gesetzgeber hält damit an der Doppelnatur der Rate fest. Hierbei sei bemerkt, daß nicht verkannt wird, daß für diese Regelung wirtschaftliche Erwägungen maßgebend waren. Nach der alten Vergleichsordnung ergab sich nämlich die Unbilligkeit, daß der Gläubiger, der z. B. bei einem Sukzessivlieferungsvertrag nur noch eine einzige Lieferung zu bewirken hatte, mit seiner ganzen Forderung außerhalb des Vergleichsverfahrens stand. Diese Härte ist durch die Neuregelung in § 36 Abs. II Vergl.O. beseitigt worden. Diese Regelung des Sukzessivlieferungsvertrages im Vergleichsverfahren hindert uns nicht, jene Gedanken als Stütze für unsere Ansicht auch auf dem Gebiet des Schuldrechts heranzuziehen. Denn die Rechtsnatur des Sukzessivlieferungsvertrages kann im Vergleichsverfahren keine andere als im Recht der Schuldverhältnisse sein.

Das Ergebnis ist hiernach folgendes: Wenn bei einem Sukzessivlieferungsvertrag der Schuldner mit einer Rate in Verzug kommt, so handelt es sich um Teilverzug. Für diesen Fall finden die §§ 326 Abs. I Satz 3, 325 Abs. I Satz 2 BGB Anwendung. Dann darf der Gläubiger nur den Rücktritt erklären, wenn die teilweise Erfüllung für ihn kein Interesse hat[196]).

„An der Erfüllung des Vertrages kein Interesse haben" bedeutet, daß der Gläubiger kein Interesse an dem Austausch der eigenen Leistung gegen die Leistung des Vertragsgegners hat. Es bedeutet dagegen nicht, daß der Gläubiger „an der Leistung des Gegenstandes kein Interesse hat."[197]).

Das Reichsgericht[198]) und Müller[199]) vertreten nun die Ansicht, daß Sukzessivlieferungsverträge eine außergewöhnliche Pünktlichkeit bedingen, und daß deshalb der Verzug mit einer Rate hinreichen könne, das Vertrauen auf die Sicherheit und Pünktlichkeit der Leistung späterer Raten und damit die Grundlage des ganzen Vertrages

---

[196]) So auch Oertmann, § 326, Anm. 3 a; Planck, § 326, Anm. 4 b.
[197]) Hirsch, S. 35.
[198]) RG 58/411.
[199]) Müller, Gruch. Bd. 50, S. 509, 525 ff.

zu erschüttern [200]). Diese Ausführungen wird man für viele Fälle als zutreffend erachten müssen. Dann liegt aber der Fall vor, daß der Gläubiger kein Interesse an dem übrigen Teil der Leistung hat. Hier würde es unbillig sein, ihn noch länger an den Vertrag zu binden. Auf der anderen Seite gibt es Fälle, in denen an der Bereitwilligkeit des Schuldners, die übrigen Raten zu leisten, nicht zu zweifeln ist. Würde man hier bei Verzug mit einer Rate den Rücktritt von den folgenden Raten zulassen, so könnte der Gläubiger häufig auf Kosten des Schuldners spekulieren [201]), was dem Prinzip von Treu und Glauben aufs schärfste widersprechen würde. Caesar [202]) hat durch Gutachten nachgewiesen, daß unsere Ansicht dem Verkehrsbedürfnis und der Verkehrsauffassung entspricht. Das von ihm angeführte Gutachten des deutschen Müllerbundes soll daher erwähnt werden. Das Gutachten betont, daß sich der Müllerbund der Ansicht und Rechtsprechung des Reichsgerichts nicht anschließen könne, weil grundsätzlich „bei Sukzessivlieferungsverträgen beide Vertragsschließende bis zum letzten Augenblick an diesen Vertrag gebunden sein sollen." Der Rücktritt vom Vertrage hinsichtlich sämtlicher Restraten soll nur dann zulässig sein, „wenn der Käufer infolge des Verzuges des Verkäufers mit der Lieferung an den ausstehenden Lieferungsraten kein Interesse mehr habe." Auch hieraus ersieht man, daß der Ansicht des Reichsgerichts nicht beigepflichtet werden kann, da sie weiten Kreisen des Handels nicht gerecht wird und mit den wirtschaftlichen Verhältnissen nicht in Einklang zu bringen ist.

Der Verzug der Einzelrate hat somit folgende Wirkungen:

1. Hinsichtlich der Einzelrate kann der Gläubiger das Rücktrittsrecht stets geltend machen.

2. Hinsichtlich der bereits geleisteten Raten kann der Gläubiger den Rücktritt nur erklären, wenn sein Interesse an diesen Raten infolge des Verzuges weggefallen ist.

3. Bezüglich der noch zu leistenden Raten darf der Gläubiger nur vom Vertrage zurücktreten, wenn sein Interesse an den ausstehenden Raten weggefallen ist.

§ 4. Die Unmöglichkeit beim Sukzessivlieferungsvertrag.

Die Unmöglichkeit spielt beim Sukzessivlieferungsvertrag gegenüber dem Verzuge eine untergeordnete Rolle. Das hat seinen Grund darin, daß Sukzessivlieferungsverträge fast ausschließlich Gattungssachen zum Gegenstand der Leistung haben. Bei Gattungsschulden kann aber erst dann von Unmöglichkeit der Leistung gesprochen werden, wenn die ganze Gattung oder bei beschränkten Gattungs-

[200]) RG 58/422.
[201]) Düringer-Hachenburg, Bd. IV, Anm. 391, S. 335.
[202]) Caesar in Holdheims Mtsschr. 1910, S. 190 ff.

schulden die beschränkte Gattung untergegangen ist, oder die Beschaffung der Leistung für den Schuldner so schwierig geworden ist, daß sie ihm nach Treu und Glauben nicht zugemutet werden kann [203]).

Die Unmöglichkeit kann beim Sukzessivlieferungsvertrag wie beim Verzuge den ganzen Vertrag, d. h. sämtliche Raten betreffen, sie kann auch nur einige oder sogar nur eine einzige Teilleistung berühren. Der erste Fall weist keine Besonderheiten auf. Hier tritt die Selbständigkeit der einzelnen Rate überhaupt nicht hervor, da die Unmöglichkeit den einheitlichen Vertrag ergreift. Es kommen also die allgemeinen Vorschriften über die Unmöglichkeit bei gegenseitigen Verträgen zur Anwendung. Dagegen tritt die Eigenart des Sukzessivlieferungsvertrages im zweiten Falle, wenn nur einige oder nur eine einzige Teilleistung unmöglich geworden ist, hervor. Hier fragt es sich, ob die Unmöglichkeit der Leistung nur die unmittelbar betroffenen Raten berührt, oder ob sie sich auf den ganzen Vertrag erstreckt. Allgemein ist diese Frage nicht zu beantworten, weil die verschiedenen Arten der Unmöglichkeit verschiedene Rechtsfolgen nach sich ziehen.

Die herrschende Lehre unterscheidet zwischen ursprünglicher und nachträglicher Unmöglichkeit, je nachdem ob die Unmöglichkeit bereits bei Vertragsabschluß [204]) vorhanden ist (ursprüngliche) oder erst später eintritt (nachträgliche). Beide Arten zerfallen wieder in objektive und subjektive Unmöglichkeit. Objektive Unmöglichkeit liegt vor, wenn die Leistung von niemand bewirkt werden kann; subjektive Unmöglichkeit (Unvermögen) ist gegeben, wenn der Schuldner die an sich mögliche Leistung nicht bewirken kann.

1. *Die Wirkungen der ursprünglichen objektiven Unmöglichkeit.*

Im allgemeinen gibt es beim Sukzessivlieferungsvertrag keine ursprüngliche objektive Unmöglichkeit, weil Sukzessivlieferungsverträge in der Regel nur über Gattungssachen abgeschlossen werden [205]). Sollte ausnahmsweise ein Sukzessivlieferungsvertrag über Speziessachen zwischen den Parteien getätigt worden sein, und liegt ursprüngliche objektive Unmöglichkeit vor, so erstreckt sich die Unmöglichkeit auf sämtliche Raten. Die Folge ist, daß der ganze Vertrag gemäß § 306 BGB nichtig ist. Irgendwelche gegenseitigen Ansprüche sind dann nicht gegeben [206]). Es kommt lediglich bei culpa in contrahendo Ersatz des negativen Interesses gemäß § 307 BGB in Betracht.

---

[203]) Aehnlich Never, S. 53/54.
[204]) Enneccerus, § 45, I.
[205]) Never, S. 52.
[206]) Hueck, S. 30.

2. Die Wirkungen der ursprünglichen subjektiven Unmöglichkeit.

Die ursprüngliche subjektive Unmöglichkeit ist im Gesetz nicht geregelt. Nach herrschender Ansicht hat sie auf die Gültigkeit des Vertrages, somit auch auf die Gültigkeit des Sukzessivlieferungsvertrages keinen Einfluß[207]). Kann der Schuldner am festgesetzten Termin nicht liefern, so haftet er aus Garantie. Denn mit der Verpflichtung zur Leistung übernimmt der Schuldner auch die Garantie für seine Leistungsfähigkeit[208]). Der Schuldner haftet hier auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, und zwar ohne Rücksicht auf Verschulden. Unrichtig ist die Ansicht von Hueck[209]), nach der der Schuldner durch die Nichtleistung der ersten Rate in Verzug gerät. Hueck verkennt hier das Wesen von Verzug und Unmöglichkeit. Denn von Verzug kann — wie wir bereits früher gesehen haben — nur gesprochen werden, wenn die Leistung noch möglich ist. Im Falle des Unvermögens ist aber die Leistung unmöglich, wenn auch nur für den Schuldner.

3. Die Wirkungen der nachträglichen zufälligen Unmöglichkeit.

Nunmehr kommen wir zur nachträglichen Unmöglichkeit, und zwar betrachten wir zunächst die nachträgliche zufällige Unmöglichkeit. Diese Art der Unmöglichkeit spielt in der Lehre vom Sukzessivlieferungsvertrag keine bedeutende Rolle, weil der Schuldner bei Sukzessivlieferungsverträgen die Unmöglichkeit wegen § 279 BGB fast stets zu vertreten haben wird. Solange die Leistung aus der Gattung bzw. beschränkten Gattung möglich ist, hat der Schuldner sein Unvermögen zur Leistung der Gattungssache gemäß § 279 BGB stets zu vertreten. Hier sind praktisch wichtige Fälle denkbar. Z. B.: Der Müller M hat mit dem Bäcker B einen Sukzessivlieferungsvertrag über 10 000 Ztr. Mehl, Marke „Eichenlaub", Lieferung Januar 1936 bis Oktober 1936 mit monatlich 1000 Ztr. abgeschlossen. Die Marke „Eichenlaub" ist eine Warensorte, die von M nach besonderem geheim gehaltenen technischen Verfahren und mit besonderen Maschinen bearbeitet wird. Am 15. Juni brennt die Mühle infolge Blitzschlags ab, so daß M am 1. Juli die Julirate nicht liefern kann. Es erhebt sich die Frage, welche Rechtsfolgen die Unmöglichkeit der Julirate nach sich zieht. Es scheint die Unmöglichkeit der Erfüllung der Julirate zunächst teilweise Unmöglichkeit des Sukzessivlieferungsvertrages zu begründen. Gemäß § 323 Abs. I Halbsatz 2 BGB mindert sich dann die Gegenleistung nach Maßgabe der §§ 472, 473 BGB. Das bedeutet, daß M von der Verpflichtung zur Lieferung der Julirate befreit wird und den Anspruch auf den ent-

[207]) Never, S. 52.
[208]) RG 69/355.
[209]) Hueck, S. 36/37.

sprechenden Kaufpreisteil verliert. Im übrigen müßte B gemäß § 323 BGB an den Sukzessivlieferungsvertrag gebunden bleiben und nach dem Wiederaufbau der Mühle die späteren Raten abnehmen.

Dieses Ergebnis würde für B eine unbillige Härte bedeuten. Die Ungewißheit der Dauer der Unmöglichkeit kann für B eine schwere Störung seines Betriebes verursachen, da sich B entweder nur mit kleineren Mengen, die erheblich teurer sind, eindecken kann, oder mit einem anderen Lieferanten einen neuen Sukzessivlieferungsvertrag abschließen muß[210]). Die vorher gefundene Lösung der teilweisen Unmöglichkeit kann daher in Fällen dieser Art nicht richtig sein. Es ist zwar richtig, daß mechanisch aufgefaßt, teilweise Unmöglichkeit vorliegt; nach dem Vertragszweck kann aber die zum Teil noch mögliche Leistung nicht als Teilleistung angesehen werden. In diesen Fällen begründet die Unmöglichkeit der Erfüllung bezüglich einer Rate vollständige Unmöglichkeit im Sinne des § 323 BGB[211]). Somit ist der Müller M von seiner Verbindlichkeit vollständig befreit (§ 275 BGB), verliert aber auch den Anspruch auf die volle Gegenleistung.

Derartige Fälle von Unmöglichkeit sind besonders häufig bei Ausfuhrverboten in Kriegsfällen gewesen. Ein solches Ausfuhrverbot begründet auch nach der Ansicht des Reichsgerichts[212]) tatsächliche Unmöglichkeit, die Ware zu liefern. Denn die für lange Zeit bestehende Unmöglichkeit muß einer dauernden Unmöglichkeit gleichgeachtet werden, weil die Aufhebung des Ausfuhrverbots völlig ungewiß ist.

Von dem hier vertretenen Standpunkt aus kommen wir zu dem Ergebnis, daß grundsätzlich die nachträgliche zufällige Unmöglichkeit der Erfüllung einer Rate teilweise Unmöglichkeit des Sukzessivlieferungsvertrages bewirkt. In diesen Fällen mindert sich die Gegenleistung nach Maßgabe der §§ 472, 473 BGB. Der Sukzessivlieferungsvertrag besteht weiter, und die Weiterleistung der Raten erfolgt nach der Behebung der Unmöglichkeit. Jeder Fall ist aber darauf zu untersuchen, ob die teilweise Unmöglichkeit nicht der vollständigen Unmöglichkeit gleichsteht, weil nach Inhalt und Zweck des Sukzessivlieferungsvertrages die möglich gebliebene Teilleistung für den Gläubiger ohne Interesse und ohne Wert ist[213]). In diesen Fällen braucht der Gläubiger die künftigen Raten nicht abzunehmen, da gemäß § 275 BGB der Schuldner den Anspruch auf die Gegenleistung verliert.

---

[210]) Gekeler, S. 37.

[211]) Oertmann, § 323 Anm. 7 γ; Staudinger, § 323 Anm. I, 3 b γ; II, 1 RG in Seuff. Arch. Bd. 45, Nr. 176; Gekeler, S. 37/38; Hueck, S. 41.

[212]) RG 106/115 ff., 119.

[213]) RG in Warn. Entsch. 1925 Nr. 21.

4. *Die Wirkungen der vom Schuldner zu vertretenden nachträglichen Unmöglichkeit.*

Die vom Schuldner zu vertretende Unmöglichkeit ist der bei weitem wichtigste Fall in der Lehre von der Unmöglichkeit beim Sukzessivlieferungsvertrag. Das einmal deshalb, weil im Gegensatz zur ursprünglichen Unmöglichkeit die nachfolgende Unmöglichkeit und das nachfolgende Unvermögen des Schuldners zur Leistung vom Gesetz gleichbehandelt werden. Daneben handelt es sich — wie schon früher erwähnt — fast durchweg um Verträge auf Lieferung von Gattungssachen[214]). Bei diesen liegt objektive Unmöglichkeit fast nie vor, häufiger dagegen Unvermögen zur Leistung. Das Unvermögen zur Leistung hat aber der Schuldner bei Gattungsschulden gemäß § 279 BGB stets zu vertreten, selbst wenn ihn ein Verschulden nicht trifft. Hierbei ist es ohne Bedeutung, ob es sich bei der zu liefernden Sache um eine „beschränkte" oder um eine „gewöhnliche" Gattungsschuld handelt, da auch die beschränkten Gattungsschulden richtige Gattungsschulden sind.

Nach § 325 BGB hat der Gläubiger bei vom Schuldner zu vertretender Unmöglichkeit — dieser ist das Unvermögen gleichgestellt — ein dreifaches Wahlrecht: Er kann

1. vom Vertrage zurücktreten, oder
2. Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, oder
3. die in § 323 BGB bestimmten Rechte geltend machen.

Bei teilweiser Unmöglichkeit steht dem Gläubiger dieses Wahlrecht zu, wenn die teilweise Erfüllung des Vertrages für ihn kein Interesse hat.

Da der Sukzessivlieferungsvertrag ein gegenseitiger Vertrag ist, finden auf ihn die Vorschriften des § 325 BGB ebenfalls Anwendung. Und zwar interessiert uns allein das Rücktrittsrecht, da Erörterungen über die anderen Ansprüche über den Rahmen der Arbeit hinausgehen würden.

Bei den Rechtsfolgen der Unmöglichkeit auf die einzelne Rate ist — wie beim Verzuge — daran festzuhalten, daß der Gläubiger seine Rechte nur auf die „eine" Rate geltend machen kann. Das ergibt sich aus der Selbständigkeit jeder Rate, die Erfüllungsakt ist. Es ist in diesem Fall dieselbe Rechtslage geschaffen, als wenn dem Schuldner eine einheitlich zu bewirkende Leistung unmöglich geworden ist. Der Gläubiger kann daher das Rücktrittsrecht hinsichtlich der unmöglich gewordenen Rate geltend machen.

Oft ist dem Gläubiger — wie wir bereits früher gesehen haben — mit dem Rücktrittsrecht von der einzelnen Rate nicht gedient, vielmehr erfordert es sein Interesse, von den noch ausstehenden Raten oder vom ganzen Vertrage zurücktreten zu können. Es ist hier — wie im Falle der nachträglichen zufälligen Unmöglichkeit — stets zu prüfen, ob in Wirklichkeit die teilweise Unmöglichkeit nicht

[214]) Hueck, S. 42.

einer vollständigen Unmöglichkeit gleichsteht. Ist das der Fall, so kann der Gläubiger gemäß § 325 Abs. I BGB vom Vertrage zurücktreten.

Ergibt jedoch die Untersuchung, daß nur teilweise Unmöglichkeit vorliegt, so steht dem Gläubiger das Rücktrittsrecht vom Vertrage nur zu, wenn infolge der Unmöglichkeit der einen Rate die Erfüllung des Vertrages hinsichtlich der übrigen Raten für den Gläubiger kein Interesse hat[215]). Bereits bei den Erörterungen über den Verzug beim Sukzessivlieferungsvertrag kamen wir zu dem Ergebnis, daß die in § 325 Abs. I Satz 2 BGB aufgestellte Voraussetzung, daß der Gläubiger an der teilweisen Erfüllung kein Interesse hat, nicht dahin zu verstehen ist, daß die Teilerfüllung für den Gläubiger überhaupt nicht mehr von Interesse ist. Das ist in § 280 Abs. II BGB der Fall. „Hiergegen ist es nötig, daß die teilweise Erfüllung des gegenseitigen Vertrages, der teilweise Austausch der beiderseitigen Leistungen, für den Gläubiger kein Interesse hat." [216]). Wann das der Fall ist, kann nur jeweils festgestellt werden. Jeder Tatbestand ist darauf zu untersuchen, ob dem Gläubiger nur gedient ist, wenn er alle Lieferungen erhält, „daß er also einen solchen entgeltlichen Vertrag nur über die ganze Leistung abgeschlossen haben würde" [217]). Kann dem Gläubiger eine Zerreißung des einheitlichen Vertrages nach den objektiven Umständen nicht zugemutet werden, so ist sein Interesse an der Erfüllung des Vertrages fortgefallen[218]).

§ 5. Das Rücktrittsrecht vom Sukzessivlieferungsvertrag bei positiver Vertragsverletzung.

Bei gegenseitigen Verträgen kann der vertragstreue Gläubiger wegen positiver Vertragsverletzungen des Schuldners, die die Erreichung des Vertragszwecks erheblich gefährden, unter analoger Anwendung der §§ 325, 326 BGB vom Vertrage zurücktreten.

Es erhebt sich nun die Frage, ob die für die positive Vertragsverletzung bei gegenseitigen Verträgen gefundenen Regeln auch auf den Sukzessivlieferungsvertrag Anwendung finden, oder ob seine Eigenart eine Sonderregelung bedingt.

Das Reichsgericht hat in seiner Entscheidung vom 17. Dezember 1901[219]) im Falle eines Bierlieferungsvertrages hierzu ausgeführt: Es habe als selbstverständlich bedungen zu gelten, daß eine Brauerei fortgesetzt gut zu liefern habe, andernfalls stehe dem Wirt der

---

[215]) Hueck, S. 42.
[216]) Oertmann, § 325 Anm. 3; RG in Seuff. Arch. Bd. 64, Nr. 125.
[217]) Leonhard, Allg. Schuldrecht, S. 497; Winter, Gruch. Bd. 48, S. 203.
[218]) RG in Gruch. Bd. 53, S. 941 ff., 945.
[219]) RG in DJZ Bd. 7, S. 118.

Rücktritt vom Vertrage frei. Diese Auffassung des Reichsgerichts befriedigt aus mehrfachen Gründen nicht. Einmal stellt sie es nur auf den Einzelfall ab und kann in dieser Form auf andere Arten von Sukzessivlieferungsverträgen nicht Anwendung finden[220]). Daneben ist für eine derartige stillschweigende Rücktrittsabrede nirgends ein Anhaltspunkt zu finden[221]). Denn häufig denken die Parteien bei Abschluß eines Vertrages nicht im entferntesten an ein derartiges Rücktrittsrecht. Selbst wenn ein Bierlieferungsvertrag die ausdrückliche Bestimmung enthalten sollte, daß nur erstklassiges und tadelloses Bier zu liefern sei, so kann der Wirt auf Grund dieser Abrede nicht vom Vertrage zurücktreten. Denn eine derartige Klausel ist keine Bedingung, deren Eintritt die Auflösung des Vertrages zur Folge hat[222]); sie ist auch keine Zusicherung einer Eigenschaft, sondern ist nur die ausdrückliche Hervorhebung einer selbstverständlichen Verpflichtung der Brauerei[223]). Aus derartigen Klauseln kann demnach ein Rücktrittsrecht nicht hergeleitet werden.

Eine Sonderregelung für Sukzessivlieferungsverträge treffen diejenigen Vertreter der Wissenschaft, die die Vorschrift über die Kündigung analog anwenden wollen[224]). Daß ihre Ansicht nicht richtig ist, haben wir bereits früher dargelegt.

Die oben gestellte Frage ist nach der als herrschend zu bezeichnenden Ansicht dahin zu beantworten, daß für die positive Vertragsverletzung beim Sukzessivlieferungsvertrag die entsprechenden Regeln wie bei den übrigen gegenseitigen Verträgen zu gelten haben (analoge Anwendung der §§ 325, 326 BGB)[225]). Und zwar kommen, da die positive Vertragsverletzung mehr den Grundsätzen des Verzuges als denen der Unmöglichkeit ähnelt, in erster Linie die Vorschriften über den Verzug zur Anwendung. Denn im allgemeinen kann beim Vorliegen einer positiven Vertragsverletzung — wie beim Verzuge — im Gegensatz zur Unmöglichkeit noch geleistet werden. Ferner gibt § 326 BGB dem Gläubiger das Rücktrittsrecht, weil der Vertragszweck gefährdet ist. In gleicher Weise kann bei der positiven Vertragsverletzung das Rücktrittsrecht nur gewährt werden, wenn eine erhebliche Gefährdung des Vertragszwecks vorliegt. Nach alledem hat die positive Vertragsverletzung ihrer Natur nach mehr Aehnlichkeit mit den Verzugsgrundsätzen[226]).

Während aber der Verzug der Einzelrate allein diese Rate betrifft — denn es kann der Schuldner am Fälligkeitstage der Lieferung nur mit der fälligen Rate in Verzug kommen —, liegt es im Wesen der positiven Vertragsverletzung, daß von ihr ohne weiteres mehrere Raten oder sogar der ganze Vertrag in Mitleiden-

[220]) Staub-Müller, S. 24/25.
[221]) Staub-Müller, S. 25; Steiner, S. 87.
[222]) Dispeker, S. 23.
[223]) Dispeker, S. 23.
[224]) Müller-Erzbach, DJZ 1904, S. 1158 ff.
[225]) Düringer-Hachenburg, Bd. IV, S. 339; Hueck, S. 102.
[226]) Hammer, S. 25.

schaft gezogen werden können [227]). Das ist u. a. der Grund, daß der Verzug der Einzelrate zum Teil andere Rechtsfolgen als die positive Vertragsverletzung einer Rate nach sich zieht [228]).

Am einfachsten gestaltet sich die Rechtslage, wenn es sich um Sukzessivlieferungsverträge handelt, die Gattungssachen zum Gegenstand der Leistung haben. Hat ein Müller einem Bäcker auf ein Jahr hinaus monatlich je 100 Ztr. Mehl zu liefern, so sind die einzelnen Raten gegeneinander wirtschaftlich völlig selbständig [229]). Bezieht sich hier die positive Vertragsverletzung unmittelbar auf eine Rate, ohne die späteren Lieferungen zu berühren, so wird allein diese Rate von den Folgen der positiven Vertragsverletzung betroffen. Sind z. B. die Maschinen des Müllers veraltet, und liefert er am 1. Juni schlechtes Mehl, so ist in der mangelhaften Leistung eine positive Vertragsverletzung zu erblicken. Richtet nun der Müller noch im Monat Juni seine Mühle mit neuartigen Maschinen ein, so wird aller Voraussicht nach die Juli-Lieferung mangelfrei erfolgen. Der Vertragszweck ist somit nur hinsichtlich der Juni-Rate gefährdet. Der Gläubiger kann demnach gemäß § 326 Abs. I Satz 1 und 2 BGB von dieser Rate zurücktreten. In diesem Falle tritt die Selbständigkeit der einzelnen Rate deutlich hervor. Hier genießt die Teillieferung dieselbe Behandlung, als wenn der Schuldner eine selbständige Leistung auf Grund eines einfachen Vertrages zu bewirken gehabt hätte. Von den bereits gelieferten Raten kann der Gläubiger nicht zurücktreten, da insoweit der Vertragszweck nicht gefährdet ist [230]). Eine derartige Ausdehnung des Rücktrittsrechts dürfte auch nicht im Interesse des Gläubigers liegen.

Ferner ist in Wissenschaft und Rechtsprechung allgemein anerkannt, daß beim Vorliegen einer positiven Vertragsverletzung, die den Vertragszweck nur hinsichtlich einer Rate gefährdet, ein Rücktrittsrecht auch hinsichtlich der künftigen Raten zu gewähren ist, wenn hierdurch das Interesse des Gläubigers an der Erfüllung des Vertrages geschwunden ist. Insoweit besteht zwischen Verzug und positiver Vertragsverletzung in Bezug auf eine Rate kein Unterschied [231]).

Häufig wird jedoch die positive Vertragsverletzung nicht nur hinsichtlich der betroffenen Rate den Vertragszweck gefährden, sondern zugleich eine erhebliche Gefährdung des Vertragszwecks hinsichtlich der künftigen Raten zur Folge haben [232]). So kann schon eine einzige mangelhafte Lieferung die Befürchtung rechtfertigen, daß auch künftig mangelhaft geliefert werden wird. Muß ein

---

[227]) Hueck, S. 102.
[228]) Hueck, S. 102.
[229]) Thies, S. 42.
[230]) Hueck, S. 102.
[231]) Siehe Thies, S. 45; anderer Ansicht Gekeler, S. 40; der bei Interessefortfall den Rücktritt nur hinsichtlich des ganzen Vertrages, also auch in Bezug auf die bereits gelieferten Raten, für zulässig erachtet.
[232]) Düringer-Hachenburg, Bd. IV, S. 340.

Wirt, der einen auf mehrere Jahre gehenden Bierlieferungsvertrag mit einer Brauerei abgeschlossen hat, bei der Lieferung irgendeiner Rate feststellen, daß das Bier nach dem Umbau der Brauereianlage von schlechter Güte ist, so ist bereits durch die Lieferung der einen Rate eine erhebliche Gefährdung der künftigen Raten eingetreten. Denn der Wirt ist von jetzt ab in der dauernden Besorgnis, daß die Brauerei auch bei der nächsten Ratenlieferung schlecht erfüllen wird. Der Wirt hat daher ein großes Interesse hinsichtlich der künftigen Raten vom Vertrage zurückzutreten.

In Wissenschaft und Rechtsprechung ist allgemein anerkannt, daß in Fällen dieser Art dem vertragstreuen Teil das Rücktrittsrecht zu gewähren ist. Man ist sich jedoch nicht darüber einig, aus welchen gesetzlichen Vorschriften dieses Recht herzuleiten ist. Einige Vertreter der Wissenschaft wollen das Rücktrittsrecht nur bei erheblicher Gefährdung des Vertragszwecks, andere — wie beim Verzuge — bei Fortfall des weiteren Erfüllungsinteresses dem vertragstreuen Gläubiger gewähren.

Staub[233]) ist der Ansicht, daß das fehlende Interesse für die erhebliche Gefährdung des Vertragszwecks nicht entscheidend sei, da eine Gefährdung bereits dann vorliegen könne, wenn der Gläubiger noch an der Erfüllung des Vertrages ein Interesse habe.

Diese Auffassung soll nach der Ansicht von Thies[234]) vollständig dem Grundsatz des Gesetzes entsprechen, „daß ebenfalls für die Anwendbarkeit des § 326 Abs. I Satz 1 und 2 BGB den Wegfall des Interesses nicht voraussetze."

Das Reichsgericht[235]) übergeht in seinen Entscheidungen die Interessenfrage gänzlich, wenn die positive Vertragsverletzung hinsichtlich einzelner Raten den Vertragszweck hinsichtlich der künftigen Teilleistungen erheblich in Frage stellt.

Häufiger wird jedoch die Meinung vertreten, daß ein Unterschied zwischen bloßer Gefährdung des Vertragszwecks und Fortfall des Erfüllungsinteresses nicht zu machen ist.

Nach der Ansicht von Jacobi[236]) kann der vertragstreue Teil beim Vorliegen einer positiven Vertragsverletzung hinsichtlich einer Rate auch vom übrigen Teil des Vertrages zurücktreten, wenn der weitere Vertragszweck gefährdet erscheine, „oder, was dasselbe sei, wenn oder insoweit er (der Gläubiger) infolge der positiven Vertragsverletzung der einzelnen Rate an den übrigen Raten kein Interesse habe.

Auch nach Makower[237]) haben beide Begriffe dieselbe Bedeutung. Er führt aus: Es dürfte der Begriff des im Gesetz nicht ent-

---

[233]) Staub, Anh. zu § 374 Anm. 176.

[234]) Thies, S. 47.

[235]) RG 57/106 ff.; 67/7; 93/286; 104/41. Eine Ausnahme bildet die Entsch. in Bd. 63, S, 298, in der das Reichsgericht auf das Interesse an der Erfüllung des Vertrages abstellt.

[236]) Jacobi, Gruch. Bd. 50, S. 240, 242.

[237]) Makower, Vorb. II, c, 3 zu §§ 375 ff. HGB.

haltenen Ausdrucks „Erreichung des Vertragszwecks gefährden" nicht unterscheidbar sein von dem gesetzlichen Begriff, daß die restliche Erfüllung des Vertrages für den Vertragsgegner kein Interesse mehr habe.

Nach Hachenburg [238]) ist „kein Interesse an der Erfüllung haben" gleichbedeutend damit, daß das berechtigte Interesse des Gläubigers die Befreiung vom übrigen Teil des Vertrages verlange. Der Gläubiger habe nur darzutun, daß es ungerecht wäre, ihn noch länger an den Vertrag zu binden. Dieser Gesichtspunkt sei ausschlaggebend.

Auch Hachenburg kommt somit bei folgerichtiger Durchführung seiner Theorie zu dem Ergebnis, daß der Gläubiger bei erheblicher Gefährdung des Vertragszwecks ein berechtigtes Interesse habe, künftig vom Vertrage loszukommen. Der Auffassung Hachenburgs liegt damit der Gedanke zugrunde, daß der „Wegfall des Interesses an der Erfüllung" gleichbedeutend mit „erheblicher Vertragsgefährdung" ist [239]).

Staudinger [240]) drückt das in der Weise aus, daß der Gläubiger ein berechtigtes Interesse daran habe, die Ungewißheit zu beseitigen und sich Rechtsklarheit zu beschaffen [241]).

Die Auffassung dieser Autoren [242]) ist m. E. die richtige. Entsprechend dem Verzuge ist hier die Rate nur Teilleistung des einheitlichen Vertrages. Nicht die Einzelrate, sondern der einheitliche Vertrag steht im Vordergrund. Es ist daher gerechtfertigt, die Rechtsfolgen aus den §§ 326 Abs. I Satz 3, 325 Abs. I Satz 2 BGB abzuleiten. Dann kann der vertragstreue Teil von den künftigen Raten des Sukzessivlieferungsvertrages zurücktreten, wenn sein Interesse an der Erfüllung des Vertrages fortgefallen ist. Dieser Wegfall des Erfüllungsinteresses ist gleichbedeutend mit der erheblichen Gefährdung des Vertragszwecks. Bei erheblicher Vertragsgefährdung nämlich hat der Gläubiger an dem Austausch der beiderseitigen Leistungen kein Interesse. Muß der vertragstreue Gläubiger befürchten, daß der Schuldner auch künftig den Vertrag verletzen oder ihn nicht ordnungsmäßig erfüllen wird, so ist der Vertragszweck für ihn erheblich gefährdet. Zugleich ist aber das Interesse des Gläubigers an der weiteren Vertragserfüllung weggefallen.

Wir kommen damit zu dem Ergebnis, daß die Gefährdung des Vertragszwecks nicht der weitere Begriff ist. Denn auch das Reichsgericht gewährt nicht schon bei leichter Vertragsgefährdung das Rücktrittsrecht, sondern nur bei e r h e b l i c h e r, d. h. wenn dem Gläubiger nach Treu und Glauben ein weiteres Festhalten am

---

[238]) Hachenburg in LZ 1907, S. 8 ff., S. 19.
[239]) Thies, S. 46.
[240]) Staudinger, § 326 Anm. VIII.
[241]) So auch Lindemann-Soergel, § 326 Anm. J 3.
[242]) Düringer-Hachenburg Bd. IV, S. 339, 340; ähnlich Hueck, S. 97 ff.

Vertrage nicht zugemutet werden kann. Ist aber dem Gläubiger ein Stehenbleiben beim Vertrage nicht zuzumuten, dann ist auch sein Interesse an der weiteren Vertragserfüllung fortgefallen. Es ist daher m. E. gleichgültig, ob man für das Rücktrittsrecht eine „erhebliche Vertragsgefährdung" oder „den Wegfall des Erfüllungsinteresses" verlangt[243]).

Abschließend ist daher festzustellen, daß der vertragstreue Teil hinsichtlich der ausstehenden Raten vom Vertrage zurücktreten kann, wenn durch die positive Vertragsverletzung einer oder mehrerer Raten der Vertragszweck im Bezug auf die übrigen erheblich gefährdet oder, was gleichbedeutend ist, daß das Interesse des Gläubigers an der weiteren Erfüllung des Vertrages fortgefallen ist. Im Ergebnis steht somit die Ansicht des Reichsgerichts mit unserer Auffassung nicht in Widerspruch.

Diese Betrachtungen zeigen, daß jeweils festgestellt werden muß, ob die positive Vertragsverletzung nur hinsichtlich der betroffenen Rate oder auch hinsichtlich der künftigen Raten den Vertragszweck erheblich gefährdet. Wirkt die positive Vertragsverletzung einer Rate auf die übrigen noch nicht fälligen Raten erheblich ein, so ist der Vertragszweck erheblich gefährdet, es ist das weitere Erfüllungsinteresse des Gläubigers weggefallen. Dann kann dem vertragstreuen Teil die Fortsetzung des Vertrages bei billiger Beurteilung der Sachlage nicht zugemutet werden[244]).

In jedem Einzelfall ist daneben auch das Verhalten des Gläubigers zu berücksichtigen. Hat z. B. ein Gläubiger mehrere mangelhafte Raten unbeanstandet angenommen, so kann er, wenn eine weitere Rate mangelhaft ist, nicht ohne weiteres vom Vertrage zurücktreten. Hier verlangt es das Verkehrsinteresse, daß der Gläubiger alles tut, um eine klare Rechtslage zu schaffen.

Im Folgenden ist noch darzulegen, wann eine erhebliche Gefährdung des Vertragszwecks vorliegt, wann das Erfüllungsinteresse des Gläubigers fortgefallen ist. Für die Erheblichkeit der Gefährdung des Vertragszwecks kommt es auf die Gesamtleistung und auf das Zusammentreffen aller Umstände an[245]). Der Verstoß muß so schwerwiegend sein, daß dem vertragstreuen Teil das Festhalten am Vertrage unter Berücksichtigung aller Umstände nach Treu und Glauben nicht zugemutet werden kann[246]). Grundsätzlich wird eine vereinzelte vertragswidrige Lieferung den Vertragszweck hinsichtlich der künftigen Raten nicht gefährden. So hat das Reichsgericht in Bezug auf einen Bierlieferungsvertrag, bei dem vereinzelte Lieferungen mangelhaft erfolgt waren, den Grundsatz aufgestellt, daß bei einem auf längere Zeit abgeschlossenen Bierlieferungsvertrage Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte

---

[243]) Anderer Ansicht Thies, S. 43; Hammer, S. 29, 30.
[244]) RG in JW 1906, S. 299.
[245]) Staub, Anh. zu § 374 Anm. 195, 196.
[246]) Düringer-Hachenburg Bd. IV, S. 324, 340.

gebieten, daß ein Wirt nicht wegen jeder selbst unerheblichen Lieferung schlechten Biers sofort und ohne vorherige Beanstandung vom ganzen Vertrage zurücktreten könne. Das Reichsgericht will dem Wirt das Rücktrittsrecht erst dann gewähren, wenn trotz Beschwerde die vertragswidrige Leistung in einer Weise fortgesetzt werde, daß der Wirt an der weiteren Lieferung kein Interesse habe und ihm die Fortsetzung des Vertrages nach den Umständen billigerweise nicht zugemutet werden könne[247]).

Im allgemeinen ist dieser Entscheidung zuzustimmen, da der Wirt durch die Rechte aus §§ 462 ff. BGB geschützt ist. Auch sonst erachtet das Reichsgericht die Voraussetzungen für das Rücktrittsrecht des Gläubigers grundsätzlich nur dann für gegeben, wenn in einer die Erreichung des Vertragszwecks gefährdenden Weise andauernd mangelhaft geliefert werde, so daß die Annahme gerechtfertigt sei, daß der Schuldner auch später nicht anders liefern werde[248]).

Es ist jedoch daran festzuhalten, daß eine wiederholte positive Vertragsverletzung nicht unbedingte Voraussetzung des Rücktrittsrechts beim Sukzessivlieferungsvertrag ist. Hier kommt insbesondere die Gruppe von Sukzessivlieferungsverträgen in Betracht, bei denen die positive Vertragsverletzung bezüglich einer Rate stets das weitere Interesse des Gläubigers an der Vertragserfüllung beeinträchtigt, bezw. gänzlich schwinden läßt[249]). In diesem Falle ist der Vertragszweck nicht nur gefährdet, sondern völlig vereitelt[250]).

Thies[251]) führt als Beispiel eines derartigen Sukzessivlieferungsvertrages einen Vertrag an, der die Lieferung einer ganz besonders gearteten Maschinenanlage oder sämtlicher Stücke eines einzigartigen Werkes zum Gegenstand der Leistung hat. Hat in einem solchen Fall der Schuldner einige Raten bereits ordnungsgemäß geliefert, und leistet er jetzt eine Rate mangelhaft, so kann der Gläubiger sein Recht zunächst auf die von der positiven Vertragsverletzung betroffene Rate beschränken. Darüber hinaus werden aber für den Gläubiger die bereits gelieferten Raten ohne Interesse sein, da ja alle Raten voneinander abhängig sind. Der Gläubiger wird daher bestrebt sein, sein Rücktrittsrecht nicht nur auf die von der positiven Vertragsverletzung betroffene Rate, sondern auch auf die künftigen und auch auf die bereits geleisteten Raten auszudehnen[252]). Denn infolge der inneren Zusammengehörigkeit der Einzelraten sind bereits bei positiver Vertragsverletzung einer Rate die übrigen Raten wertlos. Die Teilleistung ist für den Gläubiger ohne jedes Interesse. Hier haben wir es mit Fällen zu tun, bei denen die Selbständigkeit der Einzelrate überhaupt nicht hervortritt.

---

[247]) RG 63/298.
[248]) RG 57/106 ff., 115; 63/297, 298; 65/51; 67/7; 93/286; 104/41.
[249]) Thies, S. 44; Hammer, S. 28.
[250]) Hammer, S. 28.
[251]) Thies, S. 44.
[252]) Thies, S. 51.

Zu erwähnen sind noch die Fälle, bei denen eine positive Vertragsverletzung den Vertragszweck künftig dauernd gefährdet, ohne eine bestimmte Rate zu treffen[253]). Diese Rechtslage ist gegeben, wenn sich der Schuldner unberechtigt vom Vertrage lossagt. Ein derartig grober Verstoß gegen die Grundsätze redlicher Vertragserfüllung ist gerade beim Sukzessivlieferungsvertrag, der auf längere Zeit abgeschlossen ist und großes gegenseitiges Vertrauen zwischen den Parteien voraussetzt, geeignet, den Vertragszweck erheblich zu gefährden[254]). In diesen Fällen ist der vertragstreue Gläubiger gemäß § 326 Abs. I Satz 1 und 2 BGB berechtigt, vom Vertrage zurückzutreten. Auch hier tritt die Selbständigkeit der einzelnen Rate nicht hervor, vielmehr erstreckt sich die positive Vertragsverletzung sofort auf den ganzen Vertrag.

In diesem Zusammenhang ist noch die Frage der Fristsetzung zu erwähnen. Eine allgemeine Regel läßt sich nicht aufstellen. Eine Berechtigung hat die Fristsetzung nur in den Fällen, in denen die Leistung noch aussteht (wie beim Verzug). Das ist bei der positiven Vertragsverletzung in den Fällen ernstlicher Erfüllungsverweigerung oder bei der gänzlichen Lossagung vom Vertrage der Fall. Es ist jedoch nicht einzusehen, weshalb der Gläubiger in derartigen Fällen dem Schuldner ausdrücklich noch eine Frist setzen soll, wenn dieser von sich aus sein „Nichtleistenwollen" erklärt hat. Es ist weiter an die Fälle zu erinnern, bei denen die positive Vertragsverletzung unerwartet hereinbricht[255]). Hier erscheint jede Mahnung bezw. Fristsetzung des Schuldners als zwecklos[256]). Das ist auch dann der Fall, wenn der Schuldner bereits mehrfach mangelhafte Raten geleistet hat. Nach Treu und Glauben muß hier dem Gläubiger ein sofortiges Rücktrittsrecht gewährt werden. Auch Enneccerus[257]) hält im allgemeinen eine Fristsetzung für untunlich.

Abschließend können wir daher feststellen, daß die gemäß § 326 BGB erforderliche Fristsetznug oder die von anderen Vertretern der Wissenschaft geforderte Abmachung oder Androhung[258]) grundsätzlich nicht Voraussetzung für das Rücktrittsrecht bei positiver Vertragsverletzung ist[259]).

---

[253]) Hammer, S. 30.
[254]) RG 65/51; 78/385 ff.; Hammer, S. 30.
[255]) Staub-Müller, S. 21.
[256]) Weltersbach, S. 40, 41.
[257]) Enneccerus, § 55, III b.
[258]) So Brecht in Jher. Jb. Bd. 54, S. 97, 98.
[259]) Warneyer Komm. § 326 Anm. XII.